

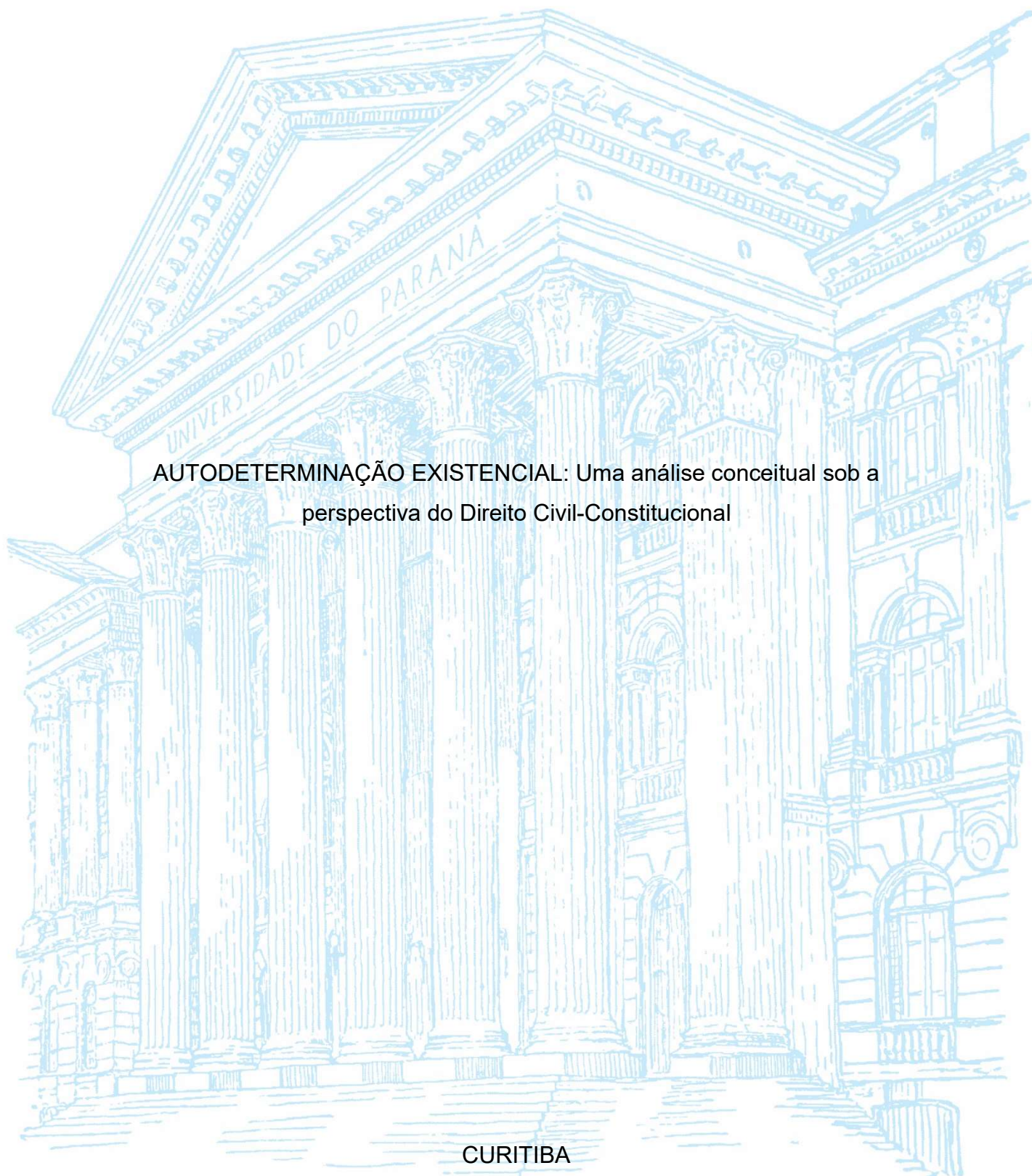
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MANUELA PEREIRA GALVÃO DA SILVA

AUTODETERMINAÇÃO EXISTENCIAL: Uma análise conceitual sob a  
perspectiva do Direito Civil-Constitucional

CURITIBA

2021



MANUELA PEREIRA GALVÃO DA SILVA

AUTODETERMINAÇÃO EXISTENCIAL: Uma análise conceitual sob a  
perspectiva do Direito Civil-Constitucional

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo  
Pianovski Ruzyk

CURITIBA

2021

S586a

Silva, Manuela Pereira Galvão da

Autodeterminação existencial: uma análise sob a perspectiva do direito civil-constitucional [meio eletrônico] / Manuela Pereira Galvão da Silva. - Curitiba, 2021.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2021.

Orientador: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk.

1. Autodeterminação. 2. Existencialismo. 3. Liberdade.  
4. Igualdade. 5. Pluralismo. 6. Direito civil. 7. Direito constitucional.  
I. Ruzyk, Carlos Eduardo Pianovski. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

CDU 34

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná  
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas  
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB-9/1626**

**ATA Nº154**

**ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO  
GRAU DE MESTRE EM DIREITO**

No dia vinte e um de julho de dois mil e vinte e um às 16:00 horas, na sala REMOTA, CONFORME AUTORIZA PORTARIA 36/2020-CAPES, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação da mestrand **MANUELA PEREIRA GALVÃO DA SILVA**, intitulada: **AUTODETERMINAÇÃO EXISTENCIAL: Uma análise conceitual sob a perspectiva do Direito Civil-Constitucional**. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ANA CARLA HARMATIUK MATOS (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA (CENTRO UNIVERSITARIO UNA). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 21 de Julho de 2021.

Assinatura Eletrônica

21/07/2021 18:02:33.0

CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

21/07/2021 18:13:54.0

ANA CARLA HARMATIUK MATOS

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

21/07/2021 17:59:21.0

ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA

Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITARIO UNA)

Praça Santos Andrade, 50 - CURITIBA - Paraná - Brasil

CEP 80020300 - Tel: (41) 3310-2739 - E-mail: ppgdufpr@gmail.com

Documento assinado eletronicamente de acordo com o disposto na legislação federal Decreto 8539 de 08 de outubro de 2015.

Gerado e autenticado pelo SIGA-UFPR, com a seguinte identificação única: 102286

**Para autenticar este documento/assinatura, acesse <https://www.prppg.ufpr.br/siga/visitante/autenticacaoassinaturas.jsp> e insira o código 102286**

## TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da dissertação de Mestrado de **MANUELA PEREIRA GALVÃO DA SILVA** intitulada: **AUTODETERMINAÇÃO EXISTENCIAL: Uma análise conceitual sob a perspectiva do Direito Civil-Constitucional**, que após terem inquirido a aluna e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 21 de Julho de 2021.

Assinatura Eletrônica

21/07/2021 18:02:33.0

CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

21/07/2021 18:13:54.0

ANA CARLA HARMATIUK MATOS

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

21/07/2021 17:59:21.0

ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA

Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITARIO UNA)

## **AGRADECIMENTOS**

A concretização do sonho do mestrado, cultivado desde 2012 quando concluí o curso de Direito na Universidade Federal do Paraná, envolveu a compreensão, o apoio sem ressalvas e o incentivo constante de meus pais Delfim e Liliam e de meu companheiro Marcos. Aos meus pais, agradeço por todo o carinho, confiança e amor que me foram destinados ao longo da vida e por tudo que enfrentaram para me garantir o estudo que possibilitou a chegada até aqui. Ao meu companheiro, pela presença carinhosa, ajuda, paciência e compartilhamento de conhecimentos, leituras, alegrias, dúvidas e apreensões ao longo dos últimos anos. Nesses tempos extremamente difíceis de pandemia, apenas muito amor e auxílio mútuos nos dão forças para seguir adiante.

Agradeço ao meu orientador, professor Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, cujas instigantes aulas ministradas ainda nos tempos de graduação me levaram ao estudo da liberdade existencial. A orientação – sempre permeada por seu amplo conhecimento, sua cordialidade exemplar e sua experiência acadêmica – foi essencial para o delineamento da trajetória de pesquisa, a definição de sua amplitude e o desenvolvimento das reflexões englobadas na sistematização crítica.

Às professoras doutoras Ana Carla Harmatiuk Matos e Ana Carolina Brochado Teixeira, minha gratidão por aceitarem o convite para a composição da banca e, principalmente, pelas excelentes contribuições, sugestões, reflexões e questionamentos. A finalização desta dissertação está longe de representar o fim dos estudos sobre a autodeterminação. Ainda há muito para refletir, pesquisar, produzir.

À Universidade Federal do Paraná, instituição profundamente comprometida e preocupada com a produção e divulgação de conhecimento de qualidade, deixo meus agradecimentos por ser meu principal referencial do saber profissional e acadêmico. Em específico, sou muito grata ao Programa de Pós-Graduação em Direito, por me acolher em mais uma fase e oferecer disciplinas e eventos que tiveram profunda relevância, não apenas para o desenvolvimento da pesquisa, como também para fomentar o pensamento crítico a respeito do Direito. Agradeço, sobretudo, pela agilidade na oferta de

disciplinas remotas, o que viabilizou a continuidade dos estudos mesmo durante o grave contexto de pandemia.

Sou muito grata a todos os professores pelas excelentes aulas ministradas e pela bibliografia apresentada para estudo. Todas as disciplinas das quais participei trouxeram contribuições relevantes para o desenvolvimento da dissertação e para as reflexões sobre o Direito, a metodologia e o tema.

Manifesto também meus agradecimentos aos colegas da pós-graduação, por compartilharem suas visões sobre o mundo, sobre o Direito e sobre a democracia. Em especial, deixo meus agradecimentos a Isabela e Pedro, pela companhia, ajuda e boas conversas.

Agradeço aos queridos amigos dos tempos de graduação, Emmi, Judá, Roan e Fernanda pela amizade de hoje e de outrora, pelas conversas e por serem meus referenciais de pensamento crítico e inquietação em relação ao presente. Nossas conversas sempre trazem a vontade de mais estudos e leituras e foram elas que me incentivaram a concretizar esse sonho. À amiga Ana Paula, pelos almoços, apoio e entusiasmo em relação a todas as minhas (pequenas) conquistas. A Mariana, amiga de infância, agradeço pela presença em minha vida durante todo esse tempo, independentemente das circunstâncias.

À desembargadora e doutora Rosana Fachin, agradeço por prestigiar a defesa da dissertação com sua presença, pelo constante incentivo à busca do conhecimento, pelos livros que carinhosamente me enviou e pelo estímulo que sempre me ofereceu nas trajetórias da pós-graduação. A ela e aos meus colegas de trabalho, em especial a Andressa, deixo meus agradecimentos pelo apoio, compreensão e flexibilidade quanto aos horários, sem os quais seria impossível a conclusão do Mestrado.

Por fim, agradeço a Ana Maria, colega e amiga, que sempre me apoiou em meus projetos acadêmicos e profissionais e sempre me incentivou a concretizar meus sonhos. Nossas conversas quase cotidianas me fazem pensar muito sobre o Direito e sua aplicação.

## RESUMO

A presente pesquisa se direcionou ao estudo da autodeterminação existencial, no intuito de delimitar seu conteúdo semântico. O termo autodeterminação é frequentemente utilizado por teóricos do Direito Civil e nas decisões judiciais para designar uma esfera de eticidade correspondente a diferentes projetos de vida, escolhas existenciais, vivências e manifestações da subjetividade. Por vezes, a autonomia privada é utilizada para fazer referência a essa mesma esfera de eticidade, o que pode gerar a percepção equivocada de que esses dois conceitos são equivalentes ou possuem a mesma abrangência. O estudo buscou evidenciar que esses conceitos são distintos e que a autodeterminação possui maior abrangência, na medida em que incorpora a liberdade positiva presente na autonomia privada e outros aspectos existenciais que escapam à base estrutural do negócio jurídico. Mais especificamente, buscou demonstrar que a autodeterminação existencial constitui uma expressão específica do princípio constitucional da liberdade, em sua dimensão positiva, que abrange a autonomia privada existencial e a vivência da liberdade. A delimitação do conteúdo da autodeterminação existencial necessitou de uma análise teórica e jurisdicional consentânea com os princípios constitucionais, com especial atenção à necessidade de garantir igualdade e liberdade substancial àqueles que não se enquadram em modelos de vida hegemônicos. Por essa razão, o estudo foi inicialmente contextualizado às transformações hermenêuticas associadas ao Estado Constitucional e recorreu a um instrumental metodológico que conjugou a perspectiva Civil-Constitucional – em especial a constitucionalização desenvolvida por Luiz Edson Fachin – com a metodologia interpretativa apresentada por Ronald Dworkin, em sua teoria da Integridade do Direito. Essa metodologia orientou a sistematização crítica dos conceitos de liberdade, autonomia privada, autodeterminação e autodeterminação existencial, no plano teórico, com a respectiva delimitação de seu conteúdo semântico. Em seguida, foram analisadas decisões do Supremo Tribunal Federal em temas afetos à esfera existencial e relacionados ao Direito Civil, o que foi relevante para ratificar a compatibilidade da sistematização proposta com as aplicações práticas dos conceitos. O estudo de casos também permitiu indicar os desdobramentos da autodeterminação existencial em direitos fundamentais específicos e demonstrar que o conceito de autodeterminação existencial corresponde a uma categoria jurídica distinta e merecedora de um tratamento jurídico próprio e adequado a suas singularidades.

Palavras-chave: autodeterminação existencial; liberdade positiva; igualdade substancial; pluralismo; Direito Civil-Constitucional.



## **ABSTRACT**

This research aimed to study existential self-determination, in order to delimit its semantic content. The term self-determination is often used by Civil Law theorists or in court decisions to designate a sphere of ethics corresponding to different life projects, existential choices, and manifestations of subjectivity. Sometimes private autonomy is used to refer to the same sphere of ethics, which can generate the mistaken perception that these two concepts are equivalent or have the same scope. The study aimed to show that these concepts are distinct, and that self-determination has greater scope, as it incorporates the positive freedom embedded in private autonomy and other existential aspects that escape the structural basis of the legal transactions. More specifically it sought to demonstrate that existential self-determination constitutes a specific expression of the constitutional principle of liberty, in its positive dimension, which encompasses existential private autonomy and the experience of freedom through acting. The delimitation of the content of existential self-determination required theoretical and case law analysis consistent with the constitutional principles, with special regard to the need of guaranteeing equality and substantial freedom to those who do not fit into hegemonic patterns of life. For this reason, the study initially contextualized the hermeneutic transformations associated with the Constitutional State and used a methodological instrument that combined the Constitutional Private Law perspective – especially the one developed by Luiz Edson Fachin – with the interpretive methodology presented by Ronald Dworkin in his theory of Law as Integrity. This methodology guided the critical systematization of the concepts of freedom, private autonomy, self-determination, and existential self-determination at the theoretical level, which involved the delimitation of the semantic content of each. Then, decisions of the Brazilian Supreme Court on cases related to the existential sphere and related to Civil Law were analyzed, which confirmed the compatibility of the proposed conceptual systematization with the practical applications of the concepts. The case studies also allowed to indicate the unfoldments of existential self-determination in specific fundamental rights and to demonstrate that the concept of existential self-determination corresponds to a distinct legal category that deserves a specific legal treatment that is suitable to its singularities.

**Keywords:** existential self-determination; positive freedom; substantial equality; pluralism; Constitutional Private Law.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI	– Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	– Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	– Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANVISA	– Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Art.	– Artigo
BGB	– <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil Alemão)
Cf.	– Conferir
CFM	– Conselho Federal de Medicina
CIDH	– Corte Interamericana de Direitos Humanos
CPC	– Código de Processo Civil
Coord.	– Coordenador(a)(es)
CRFB	– Constituição da República Federativa do Brasil
EPD	– Estatuto da Pessoa com Deficiência
HC	– <i>Habeas Corpus</i>
Inq.	– Inquérito
LGPD	– Lei Geral da Proteção de Dados
Min.	– Ministra(o)
MS	– Mandado de Segurança
OEA	– Organização dos Estados Americanos
RDC	– Resolução da Diretoria Colegiada
RE	– Recurso Extraordinário
RHC	– Recurso em Habeas Corpus
STF	– Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>2</b>	<b>FUNDAMENTOS METODOLÓGICOS DA AUTODETERMINAÇÃO: O DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL E A METODOLOGIA DE DWORKIN .....</b>	<b>21</b>
2.1	A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO CIVIL E A CONSTITUIÇÃO: AS BASES DA AUTODETERMINAÇÃO .....	21
2.1.1	As transformações na hermenêutica e a abertura constitucional .....	21
2.1.2	O Direito Civil-Constitucional e a Integridade do Direito .....	27
2.2.	PERCURSO METODOLÓGICO PARA A ANÁLISE DA AUTODETERMINAÇÃO .....	31
2.2.1	A atitude interpretativa de Hércules .....	31
2.2.2	Trajetórias para uma análise prospectiva da autodeterminação existencial .....	44
<b>3</b>	<b>A(S) LIBERDADE(S), A AUTONOMIA E A AUTODETERMINAÇÃO ..</b>	<b>50</b>
3.1	A(S) LIBERDADE(S) E SUAS DIMENSÕES .....	50
3.1.1	A dimensão negativa da liberdade: o racionalismo, a cisão mente/corpo e a liberdade como não intervenção do Estado .....	52
3.1.2	A dimensão positiva da liberdade e a crítica ao racionalismo .....	57
3.1.3	A dimensão substancial da liberdade e a preocupação com a efetividade .....	69
3.2	AS EXPRESSÕES JURÍDICAS DA(S) LIBERDADE(S) NO DIREITO CIVIL .....	74
3.2.1	Autonomia da vontade e autonomia privada .....	75
3.2.2	Desafios contemporâneos: a necessidade de (re)pensar a disciplina jurídica da personalidade, do regime de capacidades e da família .....	88
3.2.3	A autonomia existencial e a dignidade da pessoa humana .....	95
3.2.4	A autodeterminação existencial e suas expressões .....	110
<b>4</b>	<b>A AUTODETERMINAÇÃO EXISTENCIAL NA APLICAÇÃO DO DIREITO .....</b>	<b>129</b>
4.1	A AUTODETERMINAÇÃO EXISTENCIAL E SEUS COROLÁRIOS ...	129
4.1.1	Autodeterminação confessional ou religiosa .....	135
4.1.2	Autodeterminação informativa ou informacional .....	148

4.1.3	Autodeterminação sexual .....	163
4.1.4	Autodeterminação reprodutiva.....	195
4.2	AUTODETERMINAÇÃO, PARENTALIDADE E ORIGEM GENÉTICA	207
4.2.1	Autodeterminação e multiparentalidade.....	207
4.2.2	Autodeterminação e direito à busca da identidade genética.....	216
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>225</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>232</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A expressão autodeterminação vem sendo frequentemente utilizada no âmbito do Direito Civil para designar uma esfera de eticidade<sup>1</sup>, vinculada à possibilidade de definição dos rumos da própria vida, às escolhas pessoais, à autorregulamentação dos interesses e ao controle das próprias informações e dados. Esses usos da expressão ganharam intensidade com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a enunciação<sup>2</sup> da dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Desde então, a autodeterminação tem sido cada vez mais mencionada pela literatura jurídica e nas decisões judiciais, para sustentar a necessidade de defesa de direitos das minorias frente a posições e cosmovisões hegemônicas ou para referenciar questões afetas à vida privada, como o direito de família, os direitos da personalidade e os aspectos existenciais relacionados à identidade, à sexualidade, ao uso de dados pessoais e às convicções religiosas.

A despeito de todos esses usos e da recente incorporação da expressão “autodeterminação informativa” pela legislação<sup>3</sup>, nota-se que o termo não possui um desenvolvimento conceitual mais preciso: em alguns momentos, é utilizado como sinônimo de capacidade de agir ou de autonomia privada; em outros, é qualificado como um direito fundamental ou um princípio autônomo. Além disso, por vezes, o conceito de autonomia privada também é utilizado para designar a esfera de eticidade antes mencionada, o que pode levar à percepção de que ambos os conceitos se confundem ou possuem a mesma abrangência.

Diante desse cenário, o presente estudo se propõe a realizar uma sistematização crítica dos conceitos de liberdade, autonomia privada, autodeterminação e autodeterminação existencial, com o objetivo de diferenciá-

---

<sup>1</sup> Por eticidade, compreende-se o agir humano em conformidade com as convicções pessoais a respeito do que é bem viver. Optou-se, assim, pela distinção realizada por Ronald Dworkin, que relaciona a ética ao que se deve fazer para bem viver e a moral com o que se deve fazer nas atitudes em relação aos outros. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho**: justiça e valor. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 37.

<sup>2</sup> Art. 1º, III, da CRFB. Para evitar a extensão demasiada das notas de rodapé, as legislações, resoluções e decisões judiciais serão referenciadas de modo simplificado ao longo do texto e completo ao final, nas referências. Também serão citados apenas ao final os endereços eletrônicos correspondentes às fontes.

<sup>3</sup> O art. 2º, inciso II, da Lei Geral da Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) incluiu a “autodeterminação informativa” como fundamento da proteção de dados pessoais.

los e de delimitar seu conteúdo, a partir da análise teórica e de decisões do Supremo Tribunal Federal. Mais especificamente, busca-se demonstrar que o conceito de autonomia privada não é adequado para abranger expressões jurídicas de liberdade positiva que são desvinculadas da patrimonialidade, das exigências de capacidade jurídica e de declaração da vontade.

Segundo a perspectiva civil-constitucional, que orienta a pesquisa, o reconhecimento da força normativa da Constituição e de sua eficácia sobre as relações privadas resultou em uma nova metodologia de produção, análise, interpretação e aplicação do direito<sup>4</sup>. Promoveu-se (e ainda se promove) uma ressignificação dos conceitos e institutos tradicionais do Direito Civil no intuito de ajustá-los aos preceitos constitucionais, com atenção aos casos concretos. Enuncia-se, inclusive, um processo de deslocamento do “ter” para o “ser”<sup>5</sup> e do “sujeito” para a “pessoa”<sup>6</sup>, em um movimento de personalização que provocou transformações importantes nos três pilares que sustentam o direito civil<sup>7</sup>, quais sejam, obrigações (contratos), titularidades (patrimônio) e família.

A autonomia privada é um dos institutos tradicionais do Direito Civil alcançados pelas influências dessas transformações<sup>8</sup>. Embora essencialmente vinculada à figura do contrato e ao trânsito jurídico patrimonial, ela atualmente vem sendo elastecida, ao menos por parte da doutrina, para alcançar situações subjetivas extrapatrimoniais, especialmente em atos voluntários que têm como

---

<sup>4</sup> TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: 2016, p. 17-35.

<sup>5</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 91.

<sup>6</sup> RODOTÀ, Stefano. **Dal soggetto alla persona**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

<sup>7</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 143.

<sup>8</sup> Segundo Perlingieri, a autonomia privada não é conceito a-histórico ou estático, variando conforme a relação a que se aplica e os valores que a informam. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17.

substrato o negócio jurídico<sup>9</sup>, razão pela qual há autores que a designam como ou “autonomia privada existencial”<sup>10</sup> ou “autonomia existencial”<sup>11</sup>.

Por outro lado, há autores que preferem restringir a utilização do termo autonomia privada para as relações jurídicas de caráter patrimonial<sup>12</sup> ou, ainda, para as relações que têm como substrato o negócio jurídico<sup>13</sup>. Esses autores consideram que a liberdade possui outras expressões relevantes para o direito privado, as quais não se ajustam à perspectiva de negócio jurídico e, portanto, são merecedoras de um tratamento distinto da autonomia privada.

Na reflexão apresentada, busca-se demonstrar que, mesmo com as transformações sofridas com a abertura constitucional e sua incidência sobre as relações privadas, a autonomia privada permanece atrelada a uma base estrutural negocial que a torna insuficiente para alcançar determinados aspectos existenciais da liberdade, os quais se inserem no que se compreende por “liberdade positiva vivida”<sup>14</sup>.

A necessidade de tutela jurídica dessa outra expressão da liberdade dá ensejo à reflexão sobre a autodeterminação. Apesar da multiplicidade de sentidos atribuídos ao termo, inclusive com posicionamentos que revelam alguma sinonímia com a autonomia privada, identificam-se perspectivas teóricas que consideram a autodeterminação como um conceito mais amplo e capaz de abranger distintas manifestações da liberdade positiva, as quais podem ou não se enquadrar na estrutura formal do negócio jurídico<sup>15</sup>.

---

<sup>9</sup> LIMA, Jairo Néia; PEGORER, Mayara Alice Souza. Autonomia das Mulheres em Tempos de Zica Vírus: Uma perspectiva sobre o aborto a partir dos direitos sexuais e reprodutivos. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS Priscila Machado Martins (Coord.). **Negócio Jurídico e Liberdades Individuais: Autonomia privada e situações jurídicas existenciais**. Curitiba: Juruá Editora, 2017, p. 187.

<sup>10</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 151.

<sup>11</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018, p. 75 et seq.

<sup>12</sup> PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. 2017. Reimpressão. Lisboa: Livraria Almedina, 1982, p. 13.

<sup>13</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p.128-129.

<sup>14</sup> Ibid., p. 345.

<sup>15</sup> SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. **O problema do contrato: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999.

A “liberdade vivida”<sup>16</sup> é contemplada pelas estruturas de sentido que permeiam a autodeterminação em sua compreensão teórica e em sua aplicação prática, o que sinaliza a possibilidade de utilização de um conceito mais estrito de autodeterminação existencial para designá-la. Essa delimitação semântica se mostra mais promissora para uma tutela jurídica abrangente em relação a diferentes vivências e, conseqüentemente, mais adequada para o atendimento da finalidade constitucional de proteção da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

O propósito de diferenciação entre autodeterminação e autonomia privada visa à superação de algumas dificuldades ainda encontradas no ordenamento jurídico para o reconhecimento e tutela de diferentes convicções, vivências, modos de viver e expressões da subjetividade em decorrência de preconceitos profundamente enraizados no tecido social<sup>17</sup>.

Diferentemente da autonomia privada contratual, amplamente difundida no plano econômico desde o advento das grandes Revoluções Liberais, os aspectos atinentes à esfera existencial humana apenas passaram a ganhar destaque na ordem jurídica em meados do século XX. Antes desse período, nota-se a proeminência de discursos voltados a “assegurar a prevalência e a reprodução de uma moral social pertinente àqueles que exercem posições de poder na sociedade”<sup>18</sup>. A esfera existencial foi (e ainda é) permeada por uma rede capilarizada de poder dirigida ao controle, representado tanto pelas interdições jurídicas quanto pela própria estigmatização da diferença<sup>19</sup>, muitas vezes relegada para um espaço de invisibilidade. Desse modo, torna-se bastante claro que “o sistema jurídico ao definir posições jurídicas e titularidades também

---

<sup>16</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 323.

<sup>17</sup> Oportuno esclarecer que a realidade fática sempre se mostrou plural, mas não havia (e ainda hoje, muitas vezes, não há) o reconhecimento jurídico da diversidade, em uma verdadeira marginalização da diferença ou um tratamento igualitário estritamente formal. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 129-131.

<sup>18</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Op. cit., p. 163.

<sup>19</sup> Reforçada por outros mecanismos de exclusão presentes na sociedade, como os discursos científicos, médicos, psiquiátricos, educacionais e religiosos que disciplinam a família, a sexualidade e os papéis atribuídos aos homens e mulheres com base em uma distinção binária de gênero. FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1: A vontade de saber**. Trad. de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guillon Albuquerque. 9. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2019, p. 37-38.



pode operar [e legitimar] exclusões, com relação a pessoas ou situações às quais a porta de entrada na moldura das titularidades de direitos e deveres é negada”<sup>20</sup>.

Por força das alterações dos costumes e da pressão de movimentos sociais, a exemplo dos movimentos feministas e LGBTQIA+, paulatinamente vem sendo conquistado – não sem a participação do Judiciário no desempenho de seu papel contramajoritário – o reconhecimento jurídico<sup>21</sup> de diferentes modos de viver e de expressar a própria subjetividade, com fundamento na autodeterminação e na privacidade, como corolários da dignidade da pessoa humana<sup>22</sup>.

Diante de sua base axiológica, a ordem constitucional vigente possui abertura para o reconhecimento de desdobramentos dos princípios e direitos explicitamente consagrados no texto constitucional, razão pela qual são imprescindíveis reflexões em torno da autodeterminação, em relação ao seu conteúdo jurídico e aplicação, porque se antevê seu potencial emancipatório.

Afinal, os modos de vida, as vivências, as expressões da subjetividade e as escolhas individuais ou conjuntas, como no caso das relações familiares, são manifestações da liberdade existencial que integram o substrato da dignidade da pessoa humana. A efetividade de sua tutela depende do reconhecimento jurídico e social dos projetos que se constroem e se transformam ao longo das vivências humanas e se inserem em um determinado contexto histórico-social<sup>23</sup> que também deve ser considerado pelo intérprete do Direito.

<sup>20</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: Elementos críticos à luz do Novo Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 325.

<sup>21</sup> Prefere-se a expressão reconhecimento jurídico à tolerância, porque tolerar pode remeter, de maneira equívoca, a “suportar, aguentar, aceitar, permitir, pressupondo que aquele que tolera encontra-se numa posição de certa superioridade em relação ao tolerado, e que possui razões – seja de ordem ideológica, moral ou religiosa – para, a princípio, inadmitir aquilo que tolera” VAZ, Livia Maria Santana e Sant’Anna. A igualdade racial no âmbito das relações jurídico-privadas: não discriminação e obrigação de contratar. In: MIRANDA, Jorge. (Org.). **Direitos fundamentais**: uma perspectiva de futuro. São Paulo: Atlas, 2013, p. 291.

<sup>22</sup> A título exemplificativo, aponta-se que, em meados de 2011, por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o enquadramento das uniões homoafetivas como entidades familiares, o que constituiu importante conquista. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**, Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 mai. 2011.

<sup>23</sup> Com isso, pretende-se afirmar que o Direito não se realiza sem atenção às “relações ‘realmente vividas’ no âmbito social”. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Iguais, mas diferentes**:

Não se desconsidera que a mera enunciação de direitos é insuficiente para a concretização de um ambiente verdadeiramente livre, justo e solidário, sobretudo em uma sociedade marcada por profundas desigualdades e discriminações estruturais, como a brasileira. Também não se ignora que a própria estruturação política, econômica e jurídica da sociedade contribui para a manutenção de desigualdades e de exclusões, muitas vezes dissimuladas pela enunciação estritamente formal de direitos e liberdades fundamentais e discursos de diversidade e tolerância. Todavia, constatado o atual estado da arte, “perguntar como as coisas estão indo e se podem ser melhoradas é um elemento constante e imprescindível da busca da justiça”<sup>24</sup>, ou seja, o “que nos move (...) não é a compreensão de que o mundo é privado de uma justiça completa – coisa que poucos de nós esperamos -, mas a de que à nossa volta existem injustiças claramente remediáveis que queremos eliminar”<sup>25</sup>, ou, ao menos, minimizar.

Assim, propõe-se, a partir de uma sistematização conceitual crítica, a distinção entre os conceitos da autodeterminação e de autonomia privada e uma delimitação prospectiva dos conteúdos do conceito de autodeterminação existencial, a partir de um instrumental metodológico adequado e compatível com uma visão unitária e coerentista do ordenamento jurídico, que considera a necessidade de observância à ordem axiológica positivada em princípios constitucionais, com atenção ao contexto histórico, social e cultural contemporâneo.

Para tanto, parte-se de um capítulo (2) essencialmente metodológico, que delineia a perspectiva civil-constitucional e propõe a sua conjugação com a metodologia do “romance em cadeia”, desenvolvida por Ronald Dworkin em sua teoria da Integridade do Direito<sup>26</sup>. Esse capítulo almeja justificar a escolha metodológica utilizada e demonstrar a importância da análise das práticas relacionadas à aplicação e à interpretação do Direito para a apreensão dos

---

efeitos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo. 199 f. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2003, p. 27.

<sup>24</sup> SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. de Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 117.

<sup>25</sup> Ibid., p. 9.

<sup>26</sup> Cf.: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

significados dos conceitos jurídicos, notadamente da autodeterminação. A partir da metodologia dworkiniana, conjugada com a constitucionalização de Luiz Edson Fachin<sup>27</sup>, são traçadas as trajetórias para uma delimitação prospectiva do conceito de autodeterminação existencial, o que inclui os sentidos extraídos de desenvolvimentos teóricos sobre o tema, bem como sua aplicação prática.

Com base na metodologia proposta, o capítulo seguinte (3) dá início à delimitação semântica do conceito de autodeterminação existencial, por meio de teorias filosóficas e da literatura jurídica. Parte-se de uma análise das estruturas de sentido subjacentes à liberdade, à autonomia e à autodeterminação, o que possibilita diferenciar esses conceitos, considerada a sua historicidade. Ao longo dessa sistematização crítica, apontam-se alguns dos motivos pelos quais os sentidos que permeiam a autonomia privada não são adequados para designar algumas das expressões da liberdade existencial humana e, conseqüentemente, ao atendimento de determinadas finalidades do ordenamento jurídico concebido em sua unidade, o que inclui os princípios do pluralismo, da igualdade substancial e da liberdade. Ao final, são delineadas possibilidades de utilização do conceito de autodeterminação existencial para a designação de uma “liberdade positiva vivida”<sup>28</sup> que não exige a base estrutural do negócio jurídico, ainda que possa apresentar intersecções com a denominada autonomia privada existencial<sup>29</sup>.

O último capítulo (4) utiliza as estruturas semânticas objetos de estudo no capítulo anterior na análise de decisões em que o Supremo Tribunal Federal utilizou o conceito de autodeterminação, em especial acórdãos que versaram sobre questões afetas à esfera privada, como os direitos da personalidade, as relações familiares e demais aspectos existenciais vinculados à identidade e à sexualidade. Essa análise objetiva confirmar a sistematização crítica anteriormente proposta e dar continuidade à delimitação conceitual prospectiva da autodeterminação existencial como uma liberdade positiva que designa

---

<sup>27</sup> Cf.: FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

<sup>28</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 345.

<sup>29</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

diferentes modos de vida e vivências. Esse capítulo é estruturado de modo a evidenciar a base principiológica da autodeterminação existencial, seus desdobramentos em direitos fundamentais específicos, bem como evidenciar, por meio de exemplos práticos, a importância de se conceber a autodeterminação existencial como uma categoria específica e merecedora de um tratamento jurídico próprio.

Com base no estudo teórico e prático desenvolvido nos capítulos 3 e 4, por meio do instrumental metodológico delineado no capítulo 2, objetiva-se não apenas confirmar a distinção proposta entre os conceitos de autodeterminação e de autonomia privada, como também reforçar a importância de um tratamento jurídico adequado para cada uma dessas categorias jurídicas, para que se possa tutelar de maneira substancial diferentes vivências e modos de vida.

## 2 FUNDAMENTOS METODOLÓGICOS DA AUTODETERMINAÇÃO: O DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL E A METODOLOGIA DE DWORKIN

### 2.1 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO CIVIL E A CONSTITUIÇÃO: AS BASES DA AUTODETERMINAÇÃO

#### 2.1.1 As transformações na hermenêutica e a abertura constitucional

O presente capítulo tem como principal objetivo delinear e justificar o fio condutor metodológico que será utilizado na análise da autodeterminação existencial a ser desenvolvida nos próximos capítulos. Essa justificação é essencial ao exame do problema, porque é ela que sustentará o enquadramento jurídico da autodeterminação e possibilitará a delimitação prospectiva do conceito mais específico de autodeterminação existencial, sob a perspectiva de uma “liberdade vivida”<sup>30</sup>, a partir da prática jurídica brasileira.

Consigne-se, desde logo, que a autodeterminação consiste em uma expressão do princípio constitucional da liberdade, que, por sua vez, é um dos substratos da dignidade da pessoa humana, consagrada como um dos fundamentos da República<sup>31</sup>. A análise do conceito, portanto, está inserida no contexto específico do constitucionalismo democrático, em que “as enunciações de direitos fundamentais” se apresentam como “um vero e próprio fundamento e condição de legitimidade do ordenamento”<sup>32</sup>.

Essa contextualização no tempo e no espaço é relevante para a definição do método interpretativo a ser utilizado, uma vez que a abertura constitucional e a inclusão de “conceitos jurídicos deliberadamente indeterminados” nos ordenamentos jurídicos contemporâneos trouxeram importantes transformações para a teoria e prática jurídicas<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 323.

<sup>31</sup> Art. 1º, III, da CRFB.

<sup>32</sup> RAMOS, André Luiz Arnt. **Segurança jurídica e enunciados normativos deliberadamente indeterminados**: o caso da função social do contrato. 224 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2019, p. 22-23.

<sup>33</sup> André Luiz Arnt Ramos aponta que as democracias constitucionais foram marcadas por quatro viragens que implicaram em transformações na compreensão do Direito, as quais

A compreensão, interpretação e aplicação do Direito são dotadas de historicidade e sofreram profundas transformações na segunda metade do séc. XX. A superação de uma concepção estritamente positivista do Direito, a compreensão de que a norma não se limita ao texto e que o Direito não se circunscreve à lei<sup>34</sup>, o reconhecimento da eficácia das normas constitucionais sobre as relações jurídicas privadas e a aceitação do caráter normativo dos princípios estão entre os fatores que possibilitaram a formação de um Estado Constitucional<sup>35</sup>.

Essas mudanças produziram efeitos sobre os mais diversos ramos do sistema jurídico e transformaram a hermenêutica, o que possibilitou a superação da pretensão de completude que se consolidara na era das codificações. Atribuiu-se às diferentes funções estatais e, mais especificamente, à atividade jurisdicional, um novo papel criativo e normativo, uma vez que a atuação do intérprete deixou de priorizar o método da subsunção e passou a ter relevância para a construção e desenvolvimento do Direito<sup>36</sup>.

Na experiência brasileira, a Constituição da República de 1988 permitiu a abertura do arcabouço jurídico para essas transformações, inclusive com o reconhecimento de valores antecedentes à ordem jurídica, consagrados e apreendidos constitucionalmente como princípios, como ocorre com a dignidade da pessoa humana<sup>37</sup>. A abstração e a carga valorativa dos preceitos

---

podem ser resumidas pelo(a): (i) surgimento de enunciados normativos deliberadamente indeterminados; (ii) simbiose entre os direitos interno e internacional, notadamente em relação aos direitos humanos; (iii) centralidade da igualdade substancial; e (iv) “recalibragem das relações entre legislação e jurisdição”. **Segurança jurídica e enunciados normativos deliberadamente indeterminados**: o caso da função social do contrato. 224 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2019, p. 193.

<sup>34</sup> A sinonímia entre direito e lei e entre texto e norma era mais teórica do que efetivamente real, como resultado das perspectivas teóricas e ideológicas do racionalismo iluminista e do liberalismo clássico. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. **Normas constitucionais não escritas**: Costumes e convenções da constituição. São Paulo: Almedina, 2014, p. 11.

<sup>35</sup> Cf.: ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

<sup>36</sup> LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. Op. cit., 2014, p. 22.

<sup>37</sup> “A dignidade humana, sob essa perspectiva, antecede o direito, que a recolhe como valor, para oferecer-lhe proteção jurídica.” PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Dignidade da pessoa humana. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (Coord.) **Direito Constitucional Brasileiro**, v. I. Teoria da Constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 173.

constitucionais permitem o reconhecimento de “virtualidades”<sup>38</sup> implícitas nos textos normativos, inclusive direitos que se desdobram dos princípios expressos<sup>39</sup>, o que possibilita uma maior maleabilidade e permeabilidade do sistema às demandas emergentes da sociedade, independentemente de alterações nos textos legais e constitucionais<sup>40</sup>.

No plano da aplicação do direito, há muito se enuncia a insuficiência e a limitação do silogismo abstrato e legalista<sup>41</sup>, dissociado da realidade que o circunscreve, mesmo porque a pluralidade da existência humana não pode ser sintetizada em preceitos legais gerais e abstratos. Pelo contrário, essa diversidade muitas vezes impõe o reconhecimento da força construtiva dos fatos<sup>42</sup> e exige a atuação positiva do intérprete para a formulação de uma solução jurídica específica e adequada a suas vicissitudes. Assim, ganha proeminência a atuação do Judiciário, que, por meio de decisões (vinculantes ou não), tem atuado no sentido de suprir as lacunas deixadas pelo Poder Legislativo ou corrigir eventuais desconformidades com as normas constitucionais, com vistas a garantir maior efetividade aos princípios fundantes da ordem política brasileira.

---

<sup>38</sup> Expressão utilizada pelo Min. Celso de Mello no RE 363889/DF, ao se referir aos sentidos que podem ser implicitamente extraídos da expressão “planejamento familiar”, constante do art. 226, § 7º, da CRFB (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 363889/PR**, Relator: Dias Toffoli. Brasília, DF, 02 jun. 2011, p. 6).

<sup>39</sup> Conforme se verá no capítulo 4, a autodeterminação existencial também é dotada de abertura e se desdobra em uma série de outros direitos específicos, reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>40</sup> Segundo Daniel Sarmiento: “O que hoje parece uma obviedade era quase revolucionário numa época em que nossa cultura jurídica hegemônica não tratava a Constituição como norma, mas como pouco mais que um repositório de promessas grandiloquentes, cuja efetivação dependeria quase sempre da boa vontade do legislador e dos governantes de plantão. Para o constitucionalismo da efetividade, a incidência direta da Constituição sobre a realidade social, independentemente de qualquer mediação legislativa, contribuiria para tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade”. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional – Teoria da Constituição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 31-32.

<sup>41</sup> “Institutos jurídicos não têm, a rigor, ‘natureza’. São produtos do engenho humano criados para atender a uma finalidade prática, a uma função específica. (...) Em essência, o direito é um modo de resolver casos concretos. O distanciamento da realidade faz mal ao jurista. Seu objeto de atenção está em permanente mutação. Com impressionante celeridade, os problemas sociais se transformam e as leis, como respostas que são a esses problemas, se alteram”. SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 214.

<sup>42</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 148.

Foram essas transformações, juntamente com a consagração da dignidade da pessoa humana como princípio jurídico, que impulsionaram uma crescente valorização da esfera existencial humana, com o reconhecimento de novos direitos a ela referentes. Nota-se, por exemplo, a ampliação do rol de direitos da personalidade, a preocupação com as demandas identitárias, a invocação de direitos sexuais e reprodutivos, a busca de menor intervenção sobre as relações familiares e sobre a intimidade, os questionamentos e inquietações gerados no campo da bioética e biodireito em relação às intervenções e procedimentos médicos, ao uso de dados genéticos e partes do corpo humano, bem como as novas regulações do acesso, manipulação e disponibilização de dados e informações pessoais frente às inovações tecnológicas.

Desse modo, a finalidade de proteção da dignidade da pessoa humana norteia o ordenamento jurídico e legitima o reconhecimento de um catálogo aberto de direitos fundamentais na Constituição, relacionados à garantia da liberdade em diferentes esferas da vida humana:

(...) Atualmente, o Brasil vive em um Estado Democrático de Direito, em que a Constituição da República determina um catálogo aberto de direitos fundamentais para que todos possam livremente exercê-los, ou seja, é a possibilidade de que cada indivíduo escolha a melhor forma de se realizar, trata-se do viés existencial da autonomia privada <sup>43</sup>.

Não por outro motivo, as situações jurídicas existenciais “desprovidas de titularidades patrimoniais, independentemente destas ou mesmo em detrimento destas”<sup>44</sup> são objeto de importantes discussões no Direito Civil brasileiro contemporâneo. Com isso, propagam-se, seja na literatura jurídica ou mesmo nas decisões dos tribunais, menções aos conceitos de liberdade existencial, autonomia privada existencial, autonomia existencial e autodeterminação.

Apesar de não se confundirem, todos esses conceitos decorrem do princípio constitucional da liberdade, diante da necessidade de se extrair

---

<sup>43</sup> BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia e Solidariedade In: ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: 2016, p. 109.

<sup>44</sup> TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: 2016, p. 17.



normatividade de determinadas situações jurídicas, sejam elas manifestadas pela via negocial ou por meio de vivências. Pode-se dizer, inclusive, que as definições conceituais de autodeterminação existencial e de autonomia privada existencial<sup>45</sup> não decorrem de elaborações legislativas, mas sim de construções formuladas por meio da prática jurídica, em decorrência das transformações do constitucionalismo, dos influxos das normas de direitos humanos e dos princípios consagrados na Constituição, com referência cada vez mais frequente aos termos na literatura jurídica e nos precedentes do Supremo Tribunal Federal.

É preciso mencionar, entretanto, que o caráter aberto dos princípios e a possibilidade de sua incidência sobre as relações privadas trazem novos desafios e preocupações aos aplicadores do Direito. Aponta-se, por exemplo, que o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais sobre as relações privadas e o “pan-principiologismo” enfraquecem “a força normativa das regras legisladas ou contratualmente negociadas”, conferindo abertura para uma compreensão exacerbada e equivocada “dos limites mais alargados que teorias pós-positivistas conferem à discricionariedade judicial”<sup>46</sup>. Por outro lado, mesmo os que admitem a ampla incidência dos princípios sobre as relações privadas questionam o excessivo “ativismo judicial” na experiência brasileira e recomendam um esforço metodológico na construção de uma hermenêutica que possibilite a apreensão do ordenamento jurídico em sua integralidade e complexidade, sem admitir soluções subjetivas e discricionárias do intérprete<sup>47</sup>.

A relevância dessas críticas não pode ser desconsiderada e reclama maior cuidado na delimitação dos conteúdos semânticos da autodeterminação existencial, ainda que se trate de uma derivação do princípio constitucional expresso da liberdade. Conforme se verá, o uso desse conceito para designar determinadas expressões jurídicas da liberdade, no âmbito do Direito Civil, não representa uma construção alheia à prática jurídica vista de forma mais ampla.

---

<sup>45</sup> Demonstrar-se-á que a sistematização crítica proposta aponta para a distinção entre os conceitos de autonomia privada existencial e autodeterminação existencial, ainda que ambas sejam expressões da liberdade e extraiam seu fundamento da dignidade da pessoa humana.

<sup>46</sup> CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun; FIGUEIREDO, Anna Ascensão de. Dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade: uma visão crítica. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (Coord). **Direitos da personalidade**: A contribuição de Silmara J. Chinellato. Barueri: Manole, 2019, p. 32.

<sup>47</sup> TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: 2016, p. 25.

Pelo contrário, pretende-se demonstrar que a conceituação e o reconhecimento jurídico da autodeterminação existencial e seus desdobramentos, sobretudo em *hardcases* (casos difíceis) julgados pelo Supremo Tribunal Federal, alguns deles vinculantes<sup>48</sup>, partem de uma exigência sociocultural constitutiva<sup>49</sup> e contribuem para maior segurança e previsibilidade quanto ao reconhecimento de direitos, sobretudo àqueles que integram grupos politicamente minoritários.

O objeto de análise exige, portanto, o recurso a um instrumental metodológico adequado às especificidades da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – sobretudo a normatividade de seus princípios e sua função na argumentação jurídica, na interpretação das normas infraconstitucionais e na aplicação do direito positivo – e atento às exigências de continuidade, estabilidade e previsibilidade do Direito, bem como consciente de sua inserção em um contexto histórico, social e cultural<sup>50</sup>.

Por essa razão, esse capítulo essencialmente metodológico busca traçar o caminho que se seguirá ao longo do estudo para apreender os sentidos atribuíveis aos conceitos de liberdade, autodeterminação e autonomia privada, no intuito de diferenciá-los e de delimitar uma base semântica específica para o conceito de autodeterminação existencial. Essa metodologia conduzirá a análise em um plano teórico e filosófico que possibilitará a sistematização crítica dos conceitos, e, posteriormente, orientará o exame do tema na prática jurídica brasileira, mais especificamente em acórdãos do Supremo Tribunal Federal, com a indicação dos campos de aplicação das categorias jurídicas na esfera existencial e especial atenção ao tratamento jurídico atribuído às diferentes expressões da liberdade nesse âmbito.

---

<sup>48</sup> Conforme o rol do art. 927 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

<sup>49</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 145

<sup>50</sup> Nas palavras de Luiz Edson Fachin: “enfeixar o Direito Civil dentro da unidade do sistema jurídico não significa sucumbir a um dogmatismo formal que ressuscita a lógica mecânica e formal da subsunção, nem se afasta da necessária dogmática jurídica para um mínimo de segurança e previsibilidade, o que decorre da compreensão segundo a qual o Direito não corresponde ao clássico conceito rígido de ciência fechada e nem a hermenêutica ao método, uma vez que, se assim o fosse, a lei seria, antes da interpretação, destituída de qualquer sentido, significante ou significado, conformando tão somente um objeto, quando, na verdade, ela própria já é fruto de dada compreensão”. Ibid., p. 143-144.

### 2.1.2 O Direito Civil-Constitucional e a Integridade do Direito

Como se mencionou, o estudo tem o objetivo de apresentar, por meio de uma sistematização crítica, um possível conteúdo semântico para o conceito de autodeterminação existencial, o qual deve ser coerente com os princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro e com o contexto histórico, social e cultural contemporâneo.

Para tanto, recorre-se a um instrumental metodológico composto pela perspectiva do Direito Civil-Constitucional – que supera a pretensão de completude e autossuficiência das leis que regulam o Direito Civil e admite a aplicação direta da Constituição sobre as relações privadas, concebendo-a como centro irradiador de todo o sistema jurídico<sup>51</sup> – conjuntamente com a compreensão do Direito como Integridade, advinda da teoria interpretativa de Ronald Dworkin<sup>52</sup>.

Entende-se que a conciliação entre essas duas perspectivas é possível<sup>53</sup>, porque ambas traduzem metodologias que apreendem a carga valorativa dos princípios como diretriz transformadora dos sentidos do corpo normativo e concebem o ordenamento jurídico como parte de um sistema unitário, composto não apenas por normas jurídicas, como também pelos precedentes, objetos de crescente valorização no ordenamento jurídico brasileiro<sup>54</sup>. Essa valorização revela a preocupação com a discricionariedade

---

<sup>51</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 6.

<sup>52</sup> Cf.: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Na elaboração do presente trabalho, a autora se pautou tanto na versão original como na versão traduzida de *O império do direito*, mas optou por realizar as referências exclusivamente à obra traduzida, em razão de sua maior acessibilidade. Eventuais menções a expressões em inglês, extraídas da obra original, foram realizadas para melhor elucidação do sentido de determinadas palavras.

<sup>53</sup> Sobre a compatibilidade e contribuição da teoria de Dworkin para o direito civil-constitucional, sobretudo no que se refere à análise de precedentes, cf.: LOPES, Ana Beatriz Lima Pimentel; SOUSA, Raphaella Prado Aragão de. A utilização dos precedentes judiciais como instrumento da metodologia do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 207-225.

<sup>54</sup> Essa valorização dos precedentes se fortaleceu a partir de 2004, com a Emenda Constitucional nº 45/2004 (que incluiu as Súmulas Vinculantes) e as alterações no Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/1973) pelas Leis nº 11.418/2006 (a respeito da repercussão geral e de orientação jurisprudencial para recursos repetitivos no âmbito do STF) e nº 11.672/2008 (sobre os recursos repetitivos no âmbito do STJ). Consagrou-se de forma

judicial e busca alcançar maior segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade, o que significa atender ao ideal de coerência pautado por um enredo que se orienta por princípios e direitos fundamentais consagrados pela comunidade política brasileira<sup>55</sup>.

Em uma “agenda evocatória”, Luiz Edson Fachin conclama que o direito civil deve ser “apreendido como expressão prospectiva”, o que implica reconhecer o caráter construtivo e reconstrutivo dos sentidos de suas normas “dentro de um sistema jurídico poroso, aberto e plural”<sup>56</sup>. Nesse raciocínio, o autor discorre que a hermenêutica parte da concepção de um sistema jurídico unitário, mas não o encerra no dogmatismo: reconhece o caráter vinculante dos princípios e a sua imediata incidência sobre as relações sociais, bem como a superioridade hierárquica dos princípios frente a outras normas; mas também demanda uma postura crítica que atribua sentidos e um fim a esses mesmos princípios, na especificidade do contexto espaço-temporal. Esse modo de pensar o direito busca “imprimir, no sentido possível da norma, uma leitura prospectiva à luz do caso concreto, tentando fugir das armadilhas comuns: de um lado, o senso comum, de outro, o arbítrio das razões subjetivas”<sup>57</sup>.

De modo semelhante, para Gustavo Tepedino, a constitucionalização do Direito Civil implica em um “procedimento metodológico de compreensão do ordenamento em sua complexidade (valorativa e fática)”<sup>58</sup>, com a incorporação dos valores constitucionais à racionalidade das normas infraconstitucionais. Segundo Tepedino, “o magistrado tem o dever de decidir todos os casos que lhe são submetidos. E deve fazê-lo com base nas características do ordenamento,

---

mais evidente no Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015), que estabeleceu um verdadeiro “microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos” e de “precedentes obrigatórios”. DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil**, v. 3. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 509.

<sup>55</sup> Cf.: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O direito como integridade e os precedentes judiciais. In: OMMATI, José Emílio Madauar. **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016, p. 201-236.

<sup>56</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 143.

<sup>57</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 8.

<sup>58</sup> TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 20.

que é unitário, complexo e sistemático”<sup>59</sup>. Essa perspectiva pressupõe o reconhecimento de uma unidade axiológica e principiológica do direito, de modo que “o sentido dos textos legais e a mutável realidade se condicionam mutuamente no processo interpretativo”<sup>60</sup>.

Com base na perspectiva do Direito Civil-Constitucional e diante da necessidade de se delimitar conceitualmente diferentes expressões da liberdade, buscou-se um método hermenêutico específico e capaz de considerar a complexidade de um sistema jurídico unitário e composto por princípios e orientações jurisprudenciais, em um ambiente político democrático que não se compatibiliza com a discricionariedade na tomada de decisões. Essa complexidade ganha maior dimensão quando se considera que as leis, princípios e precedentes nem sempre são conciliáveis entre si e podem não apresentar, de forma clara e imediata, uma resposta para determinada situação concreta.

Todas essas circunstâncias se tornam ainda mais sensíveis quando se está diante da autodeterminação, pois o termo usualmente é utilizado para designar questões relativas a minorias políticas ou que envolvem uma elevada repercussão moral, como é o caso da sexualidade, das relações familiares e das questões atinentes aos direitos da personalidade.

Diante desse cenário, a opção pela teoria da integridade de Ronald Dworkin se justifica porque ela engloba um método especificamente dirigido à interpretação e aplicação (*adjudication*) do Direito, a partir de “uma postura hermenêutico-crítica”<sup>61</sup>, que abrange tanto a legislação como também a tradição advinda dos precedentes, mas prestigia os princípios a elas subjacentes e o ordenamento jurídico como um todo unitário e coerente. Esses pontos aproximam a teoria dworkiniana da perspectiva do Direito Civil-Constitucional, notadamente da constitucionalização proposta por Luiz Edson Fachin, como se buscará demonstrar na próxima seção.

---

<sup>59</sup> TEPEDINO, Gustavo. Teoria da Interpretação e relações privadas: a razoabilidade e o papel do juiz na promoção dos valores constitucionais. In: TEPEDINO, Gustavo. MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 285.

<sup>60</sup> Ibid. p. 287

<sup>61</sup> KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 27.

É preciso esclarecer, desde logo, que o fato de a teoria do Direito como Integridade ter sido desenvolvida para a realidade estadunidense não impede sua aplicação ao sistema jurídico brasileiro. Nesse sentido, aponta-se que o Direito Constitucional pátrio é profundamente influenciado pelo constitucionalismo estadunidense e, no plano processual, contém um sistema de precedentes inspirado no *common law*, o que caracteriza uma “tradição jurídica própria e bem peculiar”<sup>62</sup>. Desse modo, a despeito da diversidade de tradições jurídicas<sup>63</sup>, defende-se a possibilidade de se aplicar a metodologia interpretativa desenvolvida por Dworkin ao direito brasileiro, não apenas em razão da proximidade entre a estrutura e organização do Estado dos dois países – ambos federações que se orientam pelos princípios democráticos e republicanos, possuem sistema presidencialista de governo, a divisão bicameral do Legislativo, bem como um sistema difuso de controle de constitucionalidade associado a uma Corte Constitucional a quem se confere a autoridade para dizer a última palavra em termos de interpretação da Constituição<sup>64</sup> –, como também porque a teoria interpretativa do direito, norteadada pelo ideal de integridade, mostra-se consentânea com a visão do Direito Civil-Constitucional<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 1. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 57-60.

<sup>63</sup> A respeito da convergência entre os sistemas do *civil law* e da *common law* quanto aos parâmetros do controle de constitucionalidade e utilização dos princípios constitucionais para a invalidação de normas infraconstitucionais, cf.: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Common Law and Civil Law: Convergences beyond a Written Constitution. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, n. 40, p. 39-73, enero-junio, 2019.

<sup>64</sup> A teoria de Dworkin concebe a comunidade política como uma comunidade de princípios dotada de estabilidade, o que pressupõe a aceitação e o endosso da maioria daqueles que irão integrá-la. No entanto, Dworkin defende que a interpretação das práticas constitucionais já estabelecidas pode ser realizada pelo Judiciário, sem que isso implique em prejuízos à democracia. Para o autor, os membros dos demais Poderes (Executivo e Legislativo) são mais suscetíveis à supremacia majoritária e a “soluções de meio-termo que põem em um segundo plano importantes questões de princípio”, ao passo que as discussões engendradas no judiciário estimulam o debate e a “discussão pública generalizada sobre a moralidade política”. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. 2. ed. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 47-48. Ainda que a perspectiva de Dworkin se mostre talvez excessivamente otimista, não se pode negar a imprescindibilidade da atuação do Judiciário no exercício de seu papel contramajoritário, sobretudo porque a democracia não pode ser concebida em um viés meramente procedimental e também envolve o reconhecimento de uma sociedade plural.

<sup>65</sup> Em resumo, a justificação para o recurso à teoria de Dworkin se fundamenta nos seguintes argumentos (i) o estudo se pauta na perspectiva política da Constituição Brasileira, que institui um Estado Democrático e Social de Direito, regido pela separação de poderes, pela submissão da sociedade e do governo ao Direito (*rule of law*) e pela consagração jurídica de direitos e liberdades individuais, políticos e sociais; (ii) o direito brasileiro tem se aproximado da construção jurisprudencial do *common law* ao admitir, paulatinamente, a sistemática dos

Alguns pontos de distinção e de aproximação entre a metodologia civil-constitucional e a teoria do Direito como Integridade serão elucidados na próxima seção. Por ora, aponta-se que a comensurabilidade entre essas duas perspectivas pode ser desde logo identificada pela compreensão de que o direito se perfaz em uma prática interpretativa construtiva que deve observar a integridade, ou seja, deve ser dotada de “consistência”<sup>66</sup>.

É com base nessa orientação metodológica que se pretende analisar a autodeterminação existencial, notadamente porque seu fundamento é o princípio da liberdade e a delimitação de seu significado decorre de construções interpretativas realizadas tanto pela literatura jurídica como pelo Supremo Tribunal Federal.

## 2.2 PERCURSO METODOLÓGICO PARA A ANÁLISE DA AUTODETERMINAÇÃO

### 2.2.1 A atitude interpretativa de Hércules

Na seção anterior, apontou-se que as transformações da hermenêutica jurídica, relacionadas à travessia do Estado de Direito ao Estado Constitucional, demandam uma participação ativa do intérprete e do aplicador do Direito, bem como se consignou que a teoria interpretativa de Dworkin pode se somar à perspectiva do Direito Civil-Constitucional em um instrumental metodológico voltado à análise da autodeterminação existencial.

---

precedentes obrigatórios, com a instituição da Súmula Vinculante, as alterações pontuais no Código de Processo Civil de 1973 e a promulgação do Código de Processo Civil de 2015; (iii) a ausência, insuficiência ou incongruência do texto legal (sobretudo do Código Civil) na análise de questões relacionadas aos direitos da personalidade e ao direito de família já foram amplamente apontadas pela literatura jurídica e analisadas com força vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo da equiparação da união homoafetiva à união estável, da criminalização da homofobia e, mais recentemente, do afastamento de óbices à doação de sangue por homossexuais; (iv) a utilização da metodologia civil-constitucional e a admissibilidade da ampla eficácia das normas constitucionais sobre as relações privadas é consentânea com a construção do direito como narrativa, nos moldes propostos; (v) a perspectiva solidarista da Constituição da República, ao instituir um Estado Democrático de Direito também prestigia o valor da equidade como parâmetro de análise para a interpretação do Direito, em termos de legitimação do exercício do poder estatal.

<sup>66</sup> KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 40.

Como se mencionou, a autodeterminação existencial é uma das expressões do princípio plural da liberdade<sup>67</sup>, mas carece de uma delimitação conceitual mais precisa. Por essa razão, a definição dos sentidos atribuíveis a esse conceito depende de um método que possibilite a análise da teoria e da prática jurídicas e de seu ajuste aos princípios constitucionais.

Macedo Jr. consigna que a principal inovação do pensamento de Dworkin está precisamente na metodologia por ele desenvolvida<sup>68</sup>. Por essa razão, o enfoque que se atribui à teoria dworkiniana não reside na apreensão da normatividade dos princípios, na distinção entre estes e as regras, ou mesmo na leitura moral do Direito<sup>69</sup>, mas no método de ponderação, prática argumentativa e justificação voltado à aplicação do Direito, o que possui grande compatibilidade com a constitucionalização de Luiz Edson Fachin<sup>70</sup> e é comensurável com perspectivas distintas do Direito Civil-Constitucional.

Nesse ponto, consigna-se que Gustavo Tepedino, um dos renomados autores do Direito Civil-Constitucional, é um crítico da distinção dworkiniana entre regras e princípios, ainda que também parta de uma visão unitária e coerentista do sistema jurídico<sup>71</sup>. Para Tepedino, não é possível sustentar que as regras, por sua linguagem determinada, seguem a lógica da subsunção e os princípios, por seu caráter aberto, sujeitam-se à ponderação<sup>72</sup>, pois as regras

---

<sup>67</sup> A pluralidade de perfis da liberdade é referenciada no presente estudo a partir da tese de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk: PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 128.

<sup>68</sup> MACEDO JR. Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 44-49.

<sup>69</sup> “Para Dworkin, a prática judicial está associada a uma dimensão moral. Entretanto, direito e moral são diferentes e se sustentam em bases distintas. A presença de conteúdos morais no direito não significa uma moralização do direito (...). Significa, sim, que o direito não pode ser neutro tanto em relação à moral quanto em relação à política e, conforme afirma Habermas, não basta que seu procedimento de normatização seja legal para que ele se torne legítimo (...). O direito só pode ser considerado válido enquanto for moralmente justificado, ou seja, se baseie em princípios, sendo o principal o da igualdade - segundo o qual todos devem ser tratados com igual respeito e consideração.” CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 32.1, p. 177-197, jan./jul., 2012, p. 188.

<sup>70</sup> Cf.: FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

<sup>71</sup> TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 74.

<sup>72</sup> Para Dworkin, os dois tipos de normas seguem lógicas distintas, pois as regras se aplicam pela lógica do tudo-ou-nada e os princípios englobam uma dimensão de peso ou importância



também se sujeitam à compatibilidade com os princípios constitucionais, bem como ao ajuste à singularidade de cada caso concreto<sup>73</sup>. Outra distinção relevante está na compreensão da relação entre o direito e a moral: Gustavo Tepedino entende que a dimensão valorativa é incorporada pelo próprio direito positivo por meio dos princípios, sem necessidade de recurso à moral<sup>74</sup>.

Essas relevantes distinções entre o pensamento de Tepedino e a teoria dworkiniana devem ser consideradas, mas não invalidam uma possível comensurabilidade entre a noção de unidade do ordenamento e interpretação coerentista<sup>75</sup> com a teoria da integridade Dworkin. Essa comensurabilidade se sustenta a partir da compreensão de que a metodologia dworkiniana objeto de análise tem por objetivo, precisamente, adequar os institutos jurídicos às finalidades do ordenamento jurídico concebido como uma unidade coerente. Além disso, especificamente no presente estudo, a base axiológica a que se recorre para fundamentar a autodeterminação existencial consiste no próprio direito positivo, pois ela decorre de valores éticos que foram expressamente positivados na ordem jurídica brasileira por meio de princípios (dentre os quais a liberdade, a igualdade, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo)<sup>76</sup>. Assim, tendo em vista uma possível comensurabilidade entre as diferentes perspectivas teóricas para a finalidade da pesquisa, passa-se à análise dos aspectos relevantes da metodologia dworkiniana para o estudo proposto.

---

(podem ser ponderados). DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-42.

<sup>73</sup> Para Tepedino, a visão de que as regras se vinculam apenas à técnica da subsunção em razão de sua clareza e densidade, constitui uma “ordem de argumentos compressora da força normativa dos princípios constitucionais”, pois os princípios, “por serem menos detalhados, e dotados de menor densidade analítica, acabariam inevitavelmente tendo sua força normativa reduzida à prescrição contida nas regras. Por consequência, segundo tal raciocínio, a regra deveria prevalecer sobre o princípio, pois indicaria opção política indiscutível quanto a certa norma de comportamento”. TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 22.

<sup>74</sup> Ibid., p. 5-9.

<sup>75</sup> Nas palavras de Gustavo Tepedino, a “norma apenas adquire juridicidade porque incluída em sistema unitário, orgânico e coerente designado como ordenamento jurídico”, de modo que a interpretação e a integração do direito, em caso de lacunas, devem ser coerentes “como forma de preservação do sistema jurídico”. Ibid., p. 19 e 67.

<sup>76</sup> Segundo Reis “o interpretativismo não se liga, por seu método, a nenhuma visão substantiva sobre o valor moral da prática jurídica ou sobre a necessidade de se fundamentar o direito válido na legitimação da coerção estatal”. REIS, Luciana Silva. Interpretando Dworkin: sobre o caráter político da teoria (e da prática) jurídica. In: MACEDO JR. Ronaldo Porto (Org.). **Teoria do direito contemporâneo**: autores e temas. Curitiba, Juruá, 2017, 83.

A metodologia de Dworkin está embasada em uma “atitude interpretativa” que parte da compreensão de que o Direito é uma prática social dotada de duas dimensões: a primeira consiste na percepção de que a prática “tem um valor, serve a algum propósito, ou reforça algum princípio”<sup>77</sup>, o que significa dizer que ela tem uma finalidade (*point*) que excede suas regras constitutivas; a segunda corresponde à compreensão de que as regras relativas à prática são “suscetíveis a sua finalidade, de tal modo que as regras estritas devem ser compreendidas, aplicadas, ampliadas, modificadas, atenuadas ou limitadas segundo essa finalidade”<sup>78</sup>. Essa atitude envolve um potencial de transformação da própria prática, pois as normas não devem ser aplicadas mecanicamente, mas reestruturadas conforme a finalidade que as embasa<sup>79</sup>. Por essa razão, o Direito é concebido por Dworkin como um processo de “interpretação construtiva”<sup>80</sup>, que parte da estrutura de sentido extraída das práticas jurídicas que se perfazem no plano empírico, mas se desenvolve pelo agir crítico do intérprete, a quem incumbe ajustar (*fit*) as práticas à intencionalidade valorativa (*point*), justificando-as em relação aos ideais políticos e princípios jurídicos de determinada comunidade.

A teoria do Direito de Dworkin se desenvolve como parte de uma compreensão mais ampla do autor a respeito da filosofia política<sup>81</sup>. Dworkin adota a concepção liberal<sup>82</sup> de que o Direito corresponde a um sistema de direitos e responsabilidades que limitam, autorizam e justificam o exercício do

<sup>77</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 57.

<sup>78</sup> Ibid., p. 57-58.

<sup>79</sup> O sentido estrito de interpretação (designado por Dworkin como “*interpretive*”) reconhece a importância das convenções e de sua história, mas, de maneira independente, reconhece o valor da prática. “As regras passam a ser condicionadas e sensíveis aos próprios valores e a sua interpretação valorativa”, o que faz com que os intérpretes possam reconhecer o erro em práticas convencionais muito aceitas, por sua inadequação aos valores que lhes embasam para dar-lhe melhor coerência em relação ao propósito (*point*). MACEDO JR. Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 217-219.

<sup>80</sup> “Em inglês, a expressão utilizada é ‘*constructive interpretation*’. Na terminologia jurídica do direito anglo-americano, ‘*construction*’ significa o processo de determinação do sentido de um texto escrito, nomeadamente de um texto de direito legislado, em regra prescindindo da averiguação da intenção ou vontade histórica do autor.” KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 29, nota 5.

<sup>81</sup> DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 136.

<sup>82</sup> Por liberal, entenda-se um posicionamento aliado ao liberalismo político e não ao liberalismo econômico.

poder coercitivo pelo Estado<sup>83</sup> em uma comunidade de princípios. A observância à integridade é essencial para legitimação da própria coerção estatal, a partir da ideia de que toda a comunidade é governada por princípios comuns<sup>84</sup>. Essa visão típica do liberalismo político é compartilhada pelo constitucionalismo brasileiro, que compreende a Constituição como uma fonte de direitos e garantias individuais e instrumento de limitação e legitimação do poder do Estado<sup>85</sup>.

Segundo Dworkin, o Direito é “uma política em processo de desenvolvimento”<sup>86</sup> e a integridade<sup>87</sup> exige que ele seja interpretado como se fosse criado por um único autor, “expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”<sup>88</sup>. A exigência de integridade opera tanto na dimensão

<sup>83</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 231. É preciso esclarecer que as concepções de direito se distinguem do conceito do direito, porque este é mais abstrato. Enquanto o conceito tem “por base ideias distintas que são incontestavelmente utilizadas em todas as interpretações”, as concepções envolvem controvérsias identificadas e assumidas em relação à abstração, ou seja, as concepções são como sub-interpretações de uma ideia interpretativa mais abstrata (Ibid., p. 87-88).

<sup>84</sup> DWORKIN, Ronald. Ibid., 244-276. Segundo Katia Kozicki: “O direito, para esse autor, é mais do que a soma das regras explícitas de uma comunidade, ele seria um sistema que agrega direitos e obrigações, estabelecendo limites para o uso legítimo da força por parte do poder público. (...) Justamente porque uma das tarefas do direito é conceder autorização para o uso da força, ele necessita ser motivado e justificado pelos princípios morais e políticos existentes na sociedade”. KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 28-29.

<sup>85</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense: 2019, p. 9.

<sup>86</sup> DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 271. Na visão de Dworkin, o caráter político da prática jurídica decorre do reconhecimento de que o direito envolve importantes controvérsias e desacordos teóricos complexos, que recaem sobre os “*grounds of law*”, ou seja, sobre os fundamentos de direito, os quais embasam verdade das proposições jurídicas e norteiam a interpretação. Para Reis, “o ponto central de Dworkin é mostrar como a controvérsia ou o desacordo que emerge no interior das práticas sociais cria desafios específicos à teoria, e, no caso do direito, mostra a insuficiência de um paradigma positivista de teorização”, que pressupõe que o conceito de direito, em sua essência, pode ser extraído de critérios compartilhados ilustrados por convenções sociais, ou seja, de práticas sociais uniformes compreendidas como fatos sociais apreensíveis empiricamente. REIS, Luciana Silva. Interpretando Dworkin: sobre o caráter político da teoria (e da prática) jurídica. In: MACEDO JR. Ronaldo Porto (Org.). **Teoria do direito contemporâneo: autores e temas**. Curitiba, Juruá, 2017, p. 40-41.

<sup>87</sup> Observe-se que a integridade não corresponde exatamente à coerência, pois os paradigmas e interpretações que não se ajustam à finalidade da prática devem ser superados: “Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão afastar-se da estreita linha de decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo”. DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 263-264.

<sup>88</sup> Ibid., p. 272.

legislativa como na jurisdicional<sup>89</sup> e está amplamente relacionada com a igualdade e com o dever de tratar a todos com igual consideração e respeito.

Como não se pode almejar que os legisladores cumpram rigorosamente com o dever de integridade, os juízes (e intérpretes, de maneira geral), no momento da aplicação do direito, devem tratar o sistema jurídico “como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios”<sup>90</sup>:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição de ser uma comunidade de princípios<sup>91</sup>.

Essa exigência de coerência e de interpretação do ordenamento jurídico como um todo unitário (integridade) pode ser compatibilizada com diferentes visões a respeito do Direito-civil constitucional a partir de um recorte na base axiológica que orienta a atitude interpretativa. Nesse sentido é porque a situação específica da autodeterminação existencial permite esse recorte, diante da base principiológica que a sustenta, os valores a ser considerados na interpretação não serão aqueles identificáveis na moral da comunidade política brasileira, mas sim aqueles expressamente reconhecidos pela ordem jurídica<sup>92</sup>. Com essa delimitação, reforça-se a comensurabilidade entre a teoria de Dworkin e a compreensão de que a interpretação da legislação infraconstitucional deve ser feita à luz dos preceitos e princípios constitucionais.

<sup>89</sup> Segundo Katya Kozicki, há diferenças de conteúdo e de forma de atuação nos planos legislativo e jurisdicional, pois Dworkin compreende que os legisladores se pautam por argumentos de política, os quais consideram os objetivos de determinada comunidade, ao passo que os juízes decidem com base em argumentos de princípio, que giram em torno de direitos individuais e coletivos, os quais não podem ser afastados por argumentos políticos. KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 32-34.

<sup>90</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. de Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 261.

<sup>91</sup> DWORKIN, Ronald. *Ibid.*, p. 291. Para Wayne Morrison, a metodologia de Dworkin envolve “um programa político claro – a defesa das ideias de equidade, do processo legal justo e dos direitos individuais como aspectos fundamentais da legalidade”. MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 496.

<sup>92</sup> Reitere-se que, para Tepedino, os valores são incorporados pelo próprio direito positivo, sem que haja necessidade de recurso à moral.

Há uma especial compatibilidade entre os pensamentos de Dworkin e Luiz Edson Fachin, notadamente na compreensão de que a segurança jurídica envolve a necessidade de continuidade e coerência na aplicação do ordenamento jurídico, sempre com atenção às práticas passadas e ao contexto do presente<sup>93</sup>. Fachin, inclusive, aponta que a segurança jurídica (e do intérprete que pretende alcançá-la) pode ser compreendida como um “cavaleiro de duas épocas: tanto segue e arrosta os arquétipos legislativos, bem como apreende a força construtiva dos fatos sociais complexos”<sup>94</sup>. Na metodologia dworkiniana, a história, o texto normativo as interpretações e as práticas jurídicas passadas devem ser consideradas na justificação, sendo que a exigência de coerência prepondera em um “plano horizontal”, correspondente ao contexto social e normativo em que a interpretação se desenvolve<sup>95</sup>.

Partindo dessa importante premissa, Dworkin recorre a um gênero literário fictício que denomina “romance em cadeia” (*chain novel*)<sup>96</sup>, composto por um grupo de autores. Cada um deles deve “levar a sério suas responsabilidades de continuidade” e escrever um capítulo “de modo a criar de melhor maneira possível o romance em elaboração”, ou seja, criar “um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível”<sup>97</sup>. Para Dworkin, é inevitável que os autores (e intérpretes), a cada capítulo, realizem avaliações em relação à narrativa passada, buscando encontrar “níveis e correntes de sentido”<sup>98</sup>. Nesse ponto, configuram-se as duas dimensões da interpretação: adequação e justificação. A adequação se refere ao ajuste (*fit*) da interpretação em relação ao aspecto estrutural do texto, capaz de explicar a trama com fluência. Esse ajuste não impede a identificação de erros em relação às “ambições literárias que são afirmadas pela interpretação”<sup>99</sup>, mas incumbe ao

---

<sup>93</sup> FACHIN, Luiz Edson. Ouriços e raposas no direito brasileiro. **Gazeta do povo**, Curitiba, 12 set. 2013.

<sup>94</sup> Id.

<sup>95</sup> Nesse sentido “o direito como integridade (...) começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, 273-274.

<sup>96</sup> Ibid., p. 275.

<sup>97</sup> Ibid., p. 276.

<sup>98</sup> Ibid., p. 277.

<sup>99</sup> Id. Nesse ponto, Reis esclarece que “As dimensões de adequação e valor são parte de um mesmo juízo avaliativo, porque não devem levar a conclusões opostas ou diversas. Elas

autor encontrar leituras que se ajustem à narrativa e sejam capazes de lhe dar continuidade, com “coerência e integridade textuais”<sup>100</sup>. Na justificação, o autor deve julgar “qual dessas leituras possíveis se ajusta melhor à obra em desenvolvimento”<sup>101</sup>. A justificação é valorativa e corresponde à escolha da melhor interpretação em uma perspectiva global da obra, consideradas a coerência e integridade e os acréscimos futuros, haja vista a responsabilidade de continuidade. Essas dimensões da interpretação e as etapas desenvolvidas na elaboração do romance não são individualizadas e nem mesmo nitidamente identificáveis, mas ilustram o que está englobado no processo interpretativo como um todo, o qual não decorre de “total liberdade criativa” e, tampouco, de “coerção mecânica do texto”<sup>102</sup>.

À semelhança de um autor do romance em cadeia, o juiz (ou aplicador) que adota a teoria do Direito como integridade deve extrair das práticas jurídicas passadas uma narrativa jurídica a ser continuada, de forma a lhe atribuir o melhor sentido possível<sup>103</sup> com base nas dimensões da adequação e justificação<sup>104</sup>. Essa é a tarefa de “Hércules”, “um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade”<sup>105</sup>. Partindo das práticas jurídicas anteriores, Hércules seleciona interpretações a elas correspondentes e observa os princípios que as embasam e que já foram discutidos na literatura

---

constituem uma opinião única sobre qual interpretação faz da prática o melhor que ela pode ser (...). Assim, não existe um ‘*trade-off*’ entre adequação e valor, e nem aquela funciona como a dimensão que constitui um ‘patamar mínimo’ do que é reconhecido pela prática. Qualquer interpretação leva em conta, ao mesmo tempo, ambas as dimensões” REIS, Luciana Silva. Interpretando Dworkin: sobre o caráter político da teoria (e da prática) jurídica. In: MACEDO JR. Ronaldo Porto (Org.). **Teoria do direito contemporâneo**: autores e temas. Curitiba, Juruá, 2017, p. 77.

<sup>100</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 279.

<sup>101</sup> Ibid., p. 277.

<sup>102</sup> Ibid., p. 281.

<sup>103</sup> “O veredito do juiz – suas conclusões pós-interpretativas – deve ser extraído de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique, até onde isso seja possível”. Ibid., p. 286.

<sup>104</sup> A tese de direitos de Dworkin envolve uma doutrina de responsabilidade daquele que julga, a qual “exige consistência com as decisões do passado” e “implica que os juízes não deveriam tomar decisões que pudessem parecer corretas em isolado, mas que, no conjunto dos princípios encontrados na sociedade, não pudessem ser justificadas”. KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 38.

<sup>105</sup> DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 287.

jurídica<sup>106</sup>, bem como os “paradigmas”, compreendidos como “exemplos concretos aos quais qualquer interpretação plausível deve ajustar-se”<sup>107</sup>. A análise de cada hipótese interpretativa deve questionar a adequação e a justificação em relação aos princípios subjacentes a cada uma dessas interpretações, e, caso não haja coerência ou adequação, as hipóteses devem ser descartadas. Definidas as interpretações que se adequam às práticas passadas sobre situações semelhantes, Hércules deve verificar se alguma delas “deve ser excluída por incompatibilidade com a prática jurídica de um ponto de vista mais geral”<sup>108</sup>. Em outros termos:

O direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo<sup>109</sup>.

Segundo a metodologia dworkiniana, o intérprete não deve se pautar nas intenções do legislador<sup>110</sup>, na literalidade da lei<sup>111</sup> e, tampouco, ser direcionado sob um viés estritamente pragmático ou consequencialista<sup>112</sup>. Para Hércules, o

<sup>106</sup> A interpretação das práticas passadas envolve não apenas “a substância das decisões tomadas por autoridades anteriores, mas também o modo como essas decisões foram tomadas: por quais autoridades e em quais circunstâncias”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 292.

<sup>107</sup> Para o autor, “nenhum paradigma está a salvo de contestação por uma nova interpretação que considere melhor outros paradigmas e deixe aquele de lado, por considerá-lo um equívoco”. Ibid. p. 88-89.

<sup>108</sup> Ibid., p. 293.

<sup>109</sup> Ibid., p. 294.

<sup>110</sup> Aqui se insere a crítica de Dworkin ao originalismo. Mark Graber afirma que os “argumentos [utilizados pelas correntes do originalismo] sustentam que as provisões constitucionais significam o que significavam quando foram ratificadas”, ou seja, qual era o sentido atribuído às provisões constitucionais à época em que foram elaboradas. GRABER, Mark A. **A new introduction to american constitutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 76.

<sup>111</sup> Para Katya Kozicki, o convencionalismo é uma modalidade de positivismo e “pode ser entendido como uma teoria que entende a prática jurídica como uma questão de respeitar e reiterar as convenções jurídicas, e tratar os produtos destas como direito” KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 29.

<sup>112</sup> Segundo Graber, a interpretação consequencialista parte de uma análise de custos e benefícios de cada entendimento, o que denota uma espécie de utilitarismo. GRABER, Mark A. Op. cit, p. 83. Kozicki esclarece que “O pragmatismo é uma concepção cética da prática jurídica, pois esta seria constituída de quaisquer decisões judiciais que os juízes proferem, na tentativa de determinar o melhor para o futuro da comunidade, não se requerendo delas nenhuma consistência com o passado.” KOZICKI, Katya, Op. cit. p. 29-30.

propósito de uma lei é o “resultado da integridade”, o que corresponde a uma justificação que favorece os objetivos da comunidade de princípios”<sup>113</sup>.

Nessa linha de raciocínio, a interpretação do direito proposta por Dworkin se desenvolve em três etapas, assim sintetizadas por Katya Kozicki:

O estágio pré-interpretativo é caracterizado pela tentativa de identificação das regras e parâmetros que permitem identificar a prática. Já o estágio interpretativo se caracteriza por ter um elemento normativo, mediante o qual o intérprete justifica os parâmetros identificados no estágio pré-interpretativo. Por fim, verifica-se o estágio pós-interpretativo, ou reformador, no qual o intérprete faz uma adequação ou readequação dos parâmetros encontrados no estágio anterior, de maneira que eles possam fazer da prática a melhor possível<sup>114</sup>.

A tarefa de ajuste da interpretação ao ordenamento jurídico globalmente considerado é hercúlea e Dworkin reconhece que nenhum juiz real poderia desempenhá-la, entretanto, a utopia por ele desenvolvida pretende ilustrar que o aplicador do direito não pode se afastar de casos relevantes a respeito do tema e deverá, também, adotar a interpretação mais promissora em relação às perspectivas futuras, considerado o contexto social da aplicação do Direito<sup>115</sup>.

Desse modo, sobretudo em casos difíceis, ainda que se trate de uma interpretação recente, que não possui amparo em direitos já positivados, é possível ao juiz optar por ela quando apresentar fundamentos que revelem que essa interpretação, em termos de princípios, é superior e importará em um aperfeiçoamento do direito<sup>116</sup>. Isso implica dizer que “os direitos dos indivíduos podem emergir não somente da legislação, da prática social e da decisão judicial, mas também das decisões específicas que são proferidas em função dos casos difíceis”<sup>117</sup>, perspectiva que será relevante para justificar o desdobramento da

---

<sup>113</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 407.

<sup>114</sup> É importante salientar que, para Dworkin, mesmo a fase pré-interpretativa já é interpretativa porque parte de dados pré-interpretados, ou seja, decorre de avaliações realizadas pelo intérprete sobre a prática e não corresponde a descobertas de convicções individuais ou de uma consciência de grupo. Ibid., p. 78-79.

<sup>115</sup> Ibid., p. 294.

<sup>116</sup> Ibid., p. 296-297.

<sup>117</sup> FREITAS, Vladimir Passos de; COLOMBO, Silvana Raquel Brendler. A dimensão interpretativa do direito como integridade a partir de Ronald Dworkin. **Revista Direito e Liberdade – RDL – Esmarn** – v. 19. n.1, p. 321-349, jan./abr., 2017, p. 345.



autodeterminação existencial em uma série de outros direitos e subprincípios, o que será objeto de análise no capítulo 4<sup>118</sup>.

Ao indicar que a interpretação engloba, em si, juízos de valor do intérprete sobre as melhores interpretações a ser atribuídas ao texto e à obra, Dworkin busca demonstrar o caráter normativo, argumentativo e político da prática jurídica. Segundo Dworkin, “a fantasia do romance em cadeia” se mostra útil para ilustrar que a opinião de “que nenhuma interpretação poderia ser melhor deve ser conquistada e defendida como qualquer outro argumento interpretativo”<sup>119</sup>.

A compreensão interpretativa de Dworkin sobre o direito e a metodologia por ele desenvolvida se apresentam como uma alternativa à discricionariedade decorrente da “textura aberta”<sup>120</sup> (ou da incompletude) do positivismo e buscam alcançar uma objetividade na aplicação do direito, ainda que estejam presentes convicções subjetivas do intérprete<sup>121</sup>. Essa objetividade reside na atenção aos sentidos mínimos presentes nos textos normativos, na valorização do papel dos princípios na argumentação, na exigência de observância à integridade do direito

<sup>118</sup> “Essa imposição de direitos pelo judiciário não seria arbitrária, ilegítima ou antidemocrática. Ao contrário ela pertence à ideia de um Estado Democrático de Direito, sobretudo quando garante direitos que de outra maneira não seriam garantidos, por exemplo, a indivíduos ou grupos socialmente vulneráveis” CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joana Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 32.1, p. 177-197, jan./jul., 2012, p. 189.

<sup>119</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 285. Com isso, Dworkin pretende afirmar que, em um conflito entre diferentes opiniões a respeito da melhor interpretação a ser dada a determinada obra, a opinião de que nenhuma interpretação é melhor exige tanta justificação e é tão interpretativa quanto as opiniões de que uma interpretação é a melhor e deve ser escolhida. Essa compreensão é exposta na conferência dada pelo autor à *Law Library of Congress*: DWORKIN, Ronald. **Is there truth in Interpretation?** Law, Literature and History. In: BIENNIAL LECTURE ON JURISPRUDENCE, 2009. Washington D.C.: Law Library of Congress, 2009.

<sup>120</sup> HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, 335-339. Hart utiliza a expressão “textura aberta” para se referir ao espaço de incompletude normativa em que os juízes devem exercer sua discricionariedade, ainda que de forma excepcional e intersticial. Essa incompletude se revela em casos difíceis, nos quais o direito positivo não apresenta resposta ou solução, hipótese na qual o juiz criaria a resposta, sem qualquer pretensão de universalização para outros casos (Ibid., p. 140-149). Ronald Dworkin entende que esses espaços não seriam alheios ao direito, pois incumbiria ao intérprete ser norteado pelos princípios, reconhecendo a sua normatividade, bem como sua potencial aplicação em casos semelhantes.

<sup>121</sup> Diante da exposição realizada, infere-se que a metodologia desenvolvida por Ronald Dworkin não pretende afirmar a existência de uma interpretação mais verdadeira ou correta de um ponto de vista neutro e objetivo. O autor reconhece que os juízes decidem – sobretudo nos casos difíceis em que o direito posto não oferece interpretações suficientemente adequadas para solucioná-los – com base em suas convicções subjetivas a respeito dos princípios, no entanto, atribui aos juízes o dever de justificar sua opinião interpretativa, por meio de uma metodologia objetiva. DWORKIN, Ronald. Op. cit., 1999, p. 318.

e na metodologia que pressupõe o caráter argumentativo, valorativo e criativo da prática jurídica.

No entanto, como visto, a proposta metodológica do direito como integridade é bastante criticada por incluir os valores morais como recursos argumentativos da justificação, o que desafia a distinção entre essas duas ordens normativas. Por esse motivo, André Luiz Arnt Ramos aponta que a teoria de Dworkin representa um perigo para a “autonomia do Direito, face à impossibilidade de com ela trabalhar sem subscrição quase integral à Filosofia Moral e Política” dworkiniana e porque ela pressupõe um contexto específico de democracia cooperativo e igualitário dificilmente verificável no Direito brasileiro<sup>122</sup>.

Embora a leitura moral do Direito e a teoria interpretativa dworkiniana componham um amálgama dificilmente cindível, entende-se que a metodologia exposta ainda é passível de utilização ao longo do presente estudo, sem apresentar o mencionado risco à segurança jurídica ou à autonomia do Direito. Com efeito, é possível comensurar o direito como integridade de Dworkin com a segurança jurídica como coerência de Arnt Ramos e utilizar a metodologia dworkiniana como um instrumento de análise da autodeterminação a partir do recorte já realizado, no sentido de recorrer aos princípios constitucionais expressos (notadamente a dignidade da pessoa humana, liberdade, pluralismo e igualdade) como base axiológica da autodeterminação, sem necessidade de perquirir sobre eventuais elementos morais que lhes são subjacentes.

Em relação à base democrática pressuposta pela teoria de Dworkin, ainda que seja difícil sua verificação prática, compreende-se que um sentido similar está abrangido pela principiologia constitucional brasileira (como um dever ser). É relevante apontar, inclusive, que Dworkin assume um critério interpretativo de adequação que tende a fazer prevalecer a equidade, pois o critério para definir a melhor interpretação “é saber qual delas irá fazer da prática

---

<sup>122</sup> RAMOS, André Luiz Arnt. **Segurança jurídica e enunciados normativos deliberadamente indeterminados**: o caso da função social do contrato. 224 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2019. p. 194. Ramos defende a tese de “segurança como coerência”, que parte da existência de conceitos jurídicos propositadamente indeterminados nos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos e propõe que a análise desses conceitos seja realizada em conformidade com a concepção unitária e coerente de ordenamento jurídico, bem como dos princípios nele positivados, sem pretensões de uma resposta correta, mas de uma resposta adequada porque conforme ao requisito de coerência e universalizável (capaz de ser aplicada a casos semelhantes).

o melhor que ela pode ser. E o melhor a que essa prática pode aspirar a ser é um caminho que realmente viabilize a equidade”<sup>123</sup>. Esse prestígio atribuído à democracia, ao pluralismo e à equidade (como uma concepção substancial do princípio expresso da igualdade) também estão presentes na Constituição da República de 1988. Esses princípios serão considerados no estudo, pois envolvem parâmetros necessários para possibilitar o resguardo das minorias políticas e de modos de vida que destoam dos padrões hegemônicos, além de servir à justificação da atuação positiva do Estado no desmantelamento de situações de desigualdade estrutural, ao se compreender a igualdade como uma exigência de não discriminação e de não subjugação<sup>124</sup>.

É precisamente nesse ponto em que há uma importante conexão entre a metodologia de Dworkin (e também da teoria do direito como integridade) com a autodeterminação existencial, a justificar o recurso a esse instrumental metodológico. Afinal, pretende-se demonstrar que a autodeterminação existencial é uma expressão do princípio constitucional da liberdade, cuja delimitação semântica decorre da prática jurídica compreendida de modo amplo (nos planos teórico e jurisdicional) e é consentânea com os princípios constitucionais. De forma ainda mais específica, pretende-se demonstrar que o tratamento atribuído pela prática jurídica à autodeterminação existencial é mais adequado à finalidade de proteção de importantes direitos fundamentais, notadamente a dignidade da pessoa humana e a igualdade substancial, por abranger uma determinada manifestação do princípio constitucional da liberdade, que se refere a diferentes vivências e modos de vida não alcançados pela categoria jurídica da autonomia privada.

---

<sup>123</sup> KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 42.

<sup>124</sup> Roberto Saba, afirma a necessidade de se compreender o princípio da igualdade como “não discriminação” e como “não subordinação”, sendo esta especificamente vinculada a situações de desigualdade estrutural. Para Saba, a intervenção do Estado nas relações entre particulares é justificada quando se volta à proteção da própria liberdade ou o que denomina de “autonomia pessoal”, que assume um sentido semelhante ao que defendemos como “autodeterminação” no presente estudo: *“La autonomía personal es un valor demasiado importante y fundamental en una democracia liberal, en grado tal que la interferencia estatal en este ámbito debe estar sólidamente justificada y en alguna medida esa justificación debe estar relacionada con la protección de la autonomía personal”*. SABA, Roberto. **Mas allá de la igualdad formal ante la ley**. Que les debe el Estado a los grupos desaventajados? Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 222.

Em outros termos, a delimitação semântica do conceito objetiva maior coerência terminológica e maior segurança e previsibilidade quanto à sua aplicação e tratamento jurídico, o que poderá ser relevante para o reconhecimento de direitos e para a tutela jurídica de modelos de vida diferentes dos hegemônicos, à luz dos princípios constitucionais. Com isso, em amplo espectro, almeja-se alcançar maior igualdade substancial, a partir da compreensão de que todos devem ser tratados com igual consideração e respeito em escolhas e vivências atinentes a sua esfera existencial.

### 2.2.2 Trajetórias para uma análise prospectiva da autodeterminação existencial

Conforme se mencionou anteriormente, embora a autodeterminação seja uma derivação do princípio constitucional da liberdade, com constante menção ao termo na literatura jurídica e em decisões judiciais, não há uma definição precisa do conceito nos textos normativos<sup>125</sup>. Por essa razão, a elucidação de seus significados e conteúdo depende do exame da prática jurídica, o que torna oportuno o recurso ao Direito Civil-Constitucional – notadamente à constitucionalização prospectiva preconizada por Luiz Edson Fachin – e à teoria da integridade do direito de Ronald Dworkin, com especial atenção aos métodos por ele delineados ao propor a análise do Direito como um “romance em cadeia”.

Na subseção anterior, apontou-se que a “atitude interpretativa” dworkiniana é dotada de dinamicidade e de um amplo potencial transformador da própria prática jurídica, ao permitir a superação de interpretações que não mais se ajustam às finalidades que a orientam. A articulação entre adequação e justificação permite compreender a interpretação em sua historicidade e repensá-la com vistas às exigências do presente, sem que haja um completo desprendimento em relação às práticas passadas.

É essa compreensão da importância do papel transformador do intérprete ao buscar readequar as práticas passadas às finalidades do ordenamento jurídico e aos valores que permeiam a sociedade, no contexto

---

<sup>125</sup> Embora ela seja uma manifestação do princípio constitucional expresso da liberdade, como já se afirmou.

presente, que permite um diálogo mais próximo entre a teoria dworkiniana e a tríplice constituição sustentada por Luiz Edson Fachin.

Com efeito, a constitucionalização de Fachin também aponta que o intérprete, em seu agir criativo, deve possuir consciência das estruturas de sentido advindas do texto normativo e das práticas passadas e, ao mesmo tempo, estar ciente do contexto histórico-social em que se realiza a interpretação, sem desconsiderar efeitos e consequências que dela advirão futuramente. Essa perspectiva envolve o Direito em uma “tríplice temporalidade (...) entre constituído, constituinte e a constituir”<sup>126</sup>.

A “tríplice temporalidade” tem correspondência com uma atividade hermenêutica integradora e constitutiva que se desdobra em três dimensões: (i) a dimensão formal engloba a análise do direito positivo (princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais expressas); (ii) a dimensão substancial envolve “a manifestação da força normativa da principiologia constitucional”<sup>127</sup> (o que envolve os sentidos, princípios e preceitos nela implícitos) e, por fim; (iii) a dimensão prospectiva corresponde a uma dimensão transformadora dos sentidos atribuídos ao direito positivo, por meio das normas constitucionais e da força construtiva dos fatos. Merece especial destaque a dimensão prospectiva, assim delineada por Luiz Edson Fachin:

Prospetiva é a dimensão propositiva e transformadora desse modo de constitucionalizar, como um atuar de construção de significados e que pode, dentro do sistema jurídico, ocorrer como realização hermenêutica ou, em alguns cenários de lacunas, como integração diante da situação que se apresente sem texto (constitucional ou infraconstitucional) em sentido formal, pois aqui se trata (i) da força constitutiva dos fatos e (ii) da constituição haurida da realidade humana e social<sup>128</sup>.

Essas três dimensões correspondem a uma atividade hermenêutica integradora que abrange um “diálogo entre legislador, julgador e doutrinador que pode, se levado profundamente a sério, trazer notáveis desenvolvimentos para o direito”<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 10.

<sup>127</sup> Ibid., p. 9

<sup>128</sup> Id.

<sup>129</sup> Ibid., p. 48.

O próprio Direito também é compreendido por Fachin de maneira dinâmica, podendo ser definido “simultaneamente como técnica de solução de problemas e como arte vocacionada pelo senso transformador da própria vida em produção material”<sup>130</sup>. A dinamicidade está amplamente relacionada com o momento em que a interpretação do ordenamento jurídico é exercida, mesmo porque o Direito é visto como um potencial instrumento de transformação da realidade e sua aplicação depende de uma contextualização histórica, social, cultural e econômica.

Como se vê, a constitucionalização preconizada por Luiz Edson Fachin e a teoria do direito como integridade apontam para o papel criativo do intérprete e a necessidade de se considerar a realidade concreta que a ele se apresenta, com atenção ao plano empírico-social e político e aos valores que orientam a comunidade política. Ao mesmo tempo em que interpreta o direito, o aplicador é partícipe na criação de uma nova etapa na prática jurídica, em um processo contínuo e, de certa forma, dotado de circularidade<sup>131</sup>.

Pode-se dizer, inclusive, que a constitucionalização de Fachin tem por premissa uma prática interpretativa que remete às dimensões dworkinianas de adequação e justificação<sup>132</sup>, pois exige que as estruturas dos conceitos jurídicos sejam constantemente adequadas à função (ou finalidade) que desempenham no sistema jurídico, compreendido como um todo íntegro e coerente, que se situa em um contexto histórico, social e cultural específico.

No cerne das duas teorias apresentadas, a Constituição e o próprio Direito são compreendidos como um organismo vivo<sup>133</sup>, que é haurido de uma realidade humana e social que se transforma ao longo do tempo e se adapta a

---

<sup>130</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 48.

<sup>131</sup> MACEDO JR. Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 208.

<sup>132</sup> A dimensão da adequação estabelece um limiar de quais são as interpretações aceitáveis em determinada área do direito, e “os fatos brutos da história jurídica limitarão o papel que podem desempenhar, em suas decisões, as convicções pessoais de um juiz em questões de justiça”. Essa dimensão, porém, não é mecânica, mas política. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 305-306.

<sup>133</sup> GRABER, Mark A. **A new introduction to american constitutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 67.

novas circunstâncias e contextos por meio da interpretação, independentemente de alteração em seu texto<sup>134</sup>.

A interpretação, assim considerada, pode assumir a proposta de uma “hermenêutica emancipatória” e de uma “visão prospectiva dos princípios constitucionais implícitos e explícitos, num processo contínuo e incessante de prestação de contas à realidade subjacente ao direito”<sup>135</sup>. Não por outro motivo, a constitucionalização proposta por Fachin exige que a aplicação do Direito envolva uma “problematização tópica” que busque “a construção da dinâmica funcional da justiça para o caso concreto”<sup>136</sup>, ou seja, a melhor solução à luz da ordem principiológica constitucional e dos direitos fundamentais, notadamente a igualdade substancial, a liberdade substancial e a dignidade humana.

A referência a esses valores positivados em princípios constitucionais revela um importante ponto de conexão entre a tríplice constituição fachiniana e a autodeterminação existencial. Como se mencionou, ao longo do estudo, pretende-se demonstrar que a autodeterminação é uma das expressões jurídicas do princípio da liberdade, que se distingue da autonomia privada por sua maior amplitude semântica e sua capacidade de abranger outras manifestações da liberdade positiva não vinculadas à base estrutural do negócio jurídico. Mais especificamente, busca-se demonstrar que sua estrutura semântica alcança diferentes modos de vida, vivências e projetos de vida de natureza existencial. Essa maior abrangência semântica traz consigo uma promissora adequação do conceito para o tratamento das distintas expressões da liberdade e para a proteção de diferentes vivências e modos de vida, o que se ajusta à finalidade de proteção à dignidade da pessoa humana, por meio da concretização dos princípios da liberdade, igualdade substancial e do pluralismo.

Entre o “primado das formas” e o “primado dos valores”<sup>137</sup> e entre as estruturas e as funções, busca-se delimitar, a partir da leitura teórica e da análise de decisões, o conteúdo semântico da autodeterminação existencial de maneira coerente e com adequação às finalidades orientadas pelos princípios

---

<sup>134</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 7.

<sup>135</sup> Ibid., p. 13.

<sup>136</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 88-90.

<sup>137</sup> Ibid., p. 121.

constitucionais e às demandas do contexto presente, em que, não raro, as posições minoritárias, notadamente em aspectos relacionados à sexualidade, direitos de personalidade e direitos de família, são relegadas para um espaço de invisibilidade jurídica.

Traçadas as premissas necessárias à definição dos percursos metodológicos que serão utilizados para delimitar o conceito de autodeterminação existencial, tem-se que esta tarefa depende da análise de textos normativos, dos princípios constitucionais e da prática jurídica brasileira, compreendida em seu sentido amplo, ou seja, com abrangência da literatura jurídica sobre o tema e de decisões judiciais<sup>138</sup> que utilizaram a terminologia autodeterminação de maneira consentânea com os sentidos propostos no trabalho, ou seja, para designar liberdade(s) de caráter existencial.

Os próximos capítulos buscarão seguir a metodologia apresentada para delimitar os significados da autodeterminação existencial e justificar por que ela é mais coerente e adequada do que a autonomia privada para a apreensão e a efetiva tutela jurídica de uma “liberdade vivida”<sup>139</sup>, tendo em vista os sentidos que se extraem das teorias, a aplicação do conceito em precedentes da Corte Constitucional brasileira e a sua adequação à finalidade indicada pelos princípios que orientam o ordenamento jurídico como um todo<sup>140</sup>.

Assim, em um primeiro momento, a pesquisa recairá sobre bases teóricas e buscará extrair as estruturas de sentido que permeiam a(s) liberdade(s), a autonomia e a própria autodeterminação, a partir de sua definição, diferenciação e sistematização crítica, considerados os contextos histórico-

---

<sup>138</sup> O recorte recai sobre decisões do Supremo Tribunal Federal, a que se deu prevalência por se tratar do órgão responsável por realizar, em última instância, a interpretação constitucional. Ainda, ressalta-se a extensão de sua jurisdição ao território nacional (consistindo, portanto, em uma base interpretativa que serve como guia às jurisdições estaduais) e o caráter vinculativo de suas Súmulas e de precedentes proferidos em recursos repetitivos ou com repercussão geral.

<sup>139</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 345.

<sup>140</sup> Para tanto, não se pretende assumir a tarefa hercúlea de analisar as bases políticas que ensejaram a edição de cada uma das leis que compõem o sistema jurídico brasileiro ou mesmo inferir qual é a moralidade política que se extrai da comunidade brasileira, até porque tal incursão não se mostra necessária para o estudo. O compromisso que se assume, para levar a efeito a metodologia do direito como integridade, está centrado nos ideais e valores políticos implícita e explicitamente incorporados pela Constituição da República, os quais não apenas representam objetivos a ser alcançados como normas a ser observadas, integrando, portanto, o direito positivo.



sociais que envolvem essas categorias. Nesse primeiro momento, já serão apontados alguns dos valores e finalidades relacionados a cada uma dessas expressões, bem como algumas das limitações a elas correspondentes, traçando-se uma possível delimitação conceitual da autodeterminação existencial.

Em seguida, o estudo recairá sobre os precedentes do Supremo Tribunal Federal que fazem referência ao termo autodeterminação em casos relacionados a questões existenciais, no intuito de ratificar a sistematização crítica antes proposta, com base no tratamento jurídico atribuído à liberdade existencial, com especial destaque para as expressões que não se enquadram no substrato da autonomia privada. Essa análise será estruturada de modo a evidenciar a base principiológica da autodeterminação existencial, algumas de suas projeções e seus desdobramentos em direitos específicos extraídos da prática constitucional, pelas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Esse itinerário busca confirmar o caráter mais amplo e abrangente da autodeterminação existencial frente à autonomia privada, bem como evidenciar a importância de se atribuir um tratamento jurídico adequado a cada uma dessas categorias.

### 3 A(S) LIBERDADE(S), A AUTONOMIA E A AUTODETERMINAÇÃO

A análise das estruturas de sentido envolvidas nas práticas jurídicas representa o primeiro passo do percurso metodológico adotado, com base na constitucionalização de Fachin e na teoria de Dworkin. Assim, faz-se necessário analisar previamente quais são as estruturas de sentido que podem ser extraídas da literatura jurídica – bem como de outros desenvolvimentos teóricos advindos da filosofia – que permitem a delimitação conceitual da autodeterminação e, mais especificamente, da autodeterminação existencial.

A aferição dessa base semântica depende de uma sistematização crítica dos conceitos de liberdade, autonomia privada e autodeterminação, o que permitirá diferenciá-los e analisar as circunstâncias a que estão vinculados e a finalidade que os justifica. A partir dos sentidos e contextos relacionados a cada uma dessas expressões, pretende-se apresentar um possível conceito de autodeterminação existencial, sob a perspectiva de uma “liberdade positiva vivida”<sup>141</sup> que não se confunde com a autonomia privada e se direciona a um norte prospectivo mais pluralista e aberto a diferentes vivências.

#### 3.1 A(S) LIBERDADE(S) E SUAS DIMENSÕES

Sem descurar da complexidade e da diversidade entre os conceitos, parte-se da compreensão de que a autonomia privada e a autodeterminação existencial correspondem a expressões jurídicas da liberdade, tornando-a um elemento chave para a estruturação da base semântica a ser sistematizada.

Diante de sua amplitude e abstração, a liberdade pode ser apreendida como um direito fundamental, um princípio e um valor estruturante, não apenas do Direito Civil, como também das próprias democracias contemporâneas. Nas palavras de Axel Honneth:

“Entre todos os valores éticos que intentam vingar na sociedade moderna e, ao vingar, tornam-se hegemônicos, apenas um deles mostra-se apto a caracterizar o ordenamento institucional da

---

<sup>141</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 345.

sociedade de modo efetivamente duradouro: a liberdade no sentido de autonomia do indivíduo”<sup>142</sup>.

Com efeito, é possível sustentar que a liberdade é um princípio estruturante do Direito Civil<sup>143</sup>, que revela a finalidade de determinados institutos jurídicos da esfera privada e permite orientar sua interpretação. Ao mesmo tempo, a liberdade também figura como um princípio legitimador da própria forma de organização da vida social e das instituições e pode ser considerada uma das bases das democracias contemporâneas, nas quais o poder estatal se articula e se legitima a partir de sua limitação e da garantia dos direitos e liberdades políticas e individuais<sup>144</sup>. Não sem motivo, o verbete liberdade encontra no dicionário dois sentidos que estão intrinsecamente relacionados ao valor que esse princípio possui para a esfera política e para a vida privada: corresponde tanto ao “nível de total e legítima autonomia que representa o ideal maior de um cidadão, de um povo ou de um país”, quanto ao “poder de agir livremente, dentro de uma sociedade organizada, de acordo com os limites impostos pela lei”<sup>145</sup>.

Além de se desdobrar em diversos direitos fundamentais específicos<sup>146</sup>, a liberdade apresenta uma pluralidade de sentidos que variam a depender do contexto histórico, político e social que se tenha por referência<sup>147</sup>. Cada um desses significados representa valores, concepções políticas e efeitos específicos, os quais interferem em sua articulação jurídica e, portanto, devem ser considerados pelo intérprete, em uma reflexão crítica.

<sup>142</sup> HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 34.

<sup>143</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Ed. rev., atual. e aum., de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 27.

<sup>144</sup> Note-se, aqui, uma aproximação com o pensamento de Dworkin, notadamente a sua compreensão do Direito como instrumento de limitação e legitimação do poder coercitivo do Estado.

<sup>145</sup> LIBERDADE. In: **Michaelis, Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2020.

<sup>146</sup> Faz-se referência, aqui, às liberdades condensadas em direitos específicos no texto constitucional, a exemplo da liberdade de iniciativa, liberdade de consciência e de crença; liberdade de expressão e liberdade de locomoção.

<sup>147</sup> Oscar e Mary Handlin mencionam a existência de mais de duzentos significados em que a expressão é utilizada, o que gera confusões sobre sua natureza, condições e consequências. HANDLIN, Oscar; HANDLIN, Mary. **The dimensions of liberty**. Cambridge: Harvard University Press, 1961, p. 7.

A percepção do caráter contingente e da pluralidade de sentidos é importante para desconstruir a compreensão de que a liberdade é um dado da natureza ou algo inerente à condição humana e evidenciar que ela representa uma construção social e histórica que é fruto de embates, estratégias e conquistas políticas. Por essa razão, as diferentes concepções sobre a liberdade carregam simbologias, construções discursivas, sentidos ideológicos específicos e podem acarretar “perfis eficaciais diversos”<sup>148</sup>, devendo ser consideradas em sua historicidade.

A partir dessa perspectiva e tendo em vista que a autodeterminação e a autonomia privada podem ser compreendidas como expressões jurídicas da liberdade, o presente estudo não pode prescindir da análise dessas concepções da liberdade que se difundiram a partir da Modernidade e suas influências sobre o Direito privado.

### 3.1.1 A dimensão negativa da liberdade: o racionalismo, a cisão mente/corpo e a liberdade como não intervenção do Estado

As democracias contemporâneas possuem forte vinculação com o constitucionalismo liberal ocidental, que se orienta, ao menos em regra, por uma estrutura institucional de restrição do poder dos governantes por meio de sua organização (sistema de freios e contrapesos) e pela presença de uma carta fundamental de direitos e garantias individuais<sup>149</sup>. Essa forma de apreender o poder do Estado e a necessidade de sua limitação, paralelamente ao estabelecimento de liberdades e garantias individuais, remonta a concepções bastante específicas de liberdade, que se popularizaram com o advento das Grandes Revoluções Liberais que deram início à Modernidade e produziram influências sobre o Direito Civil.

A despeito da diversidade entre as correntes teóricas de autores como Locke, Adam Smith, Benjamin Constant, Kant, dentre outros, todas contribuíram para assentar a Modernidade na compreensão jusnaturalista do homem como

<sup>148</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 13.

<sup>149</sup> Cf.: FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Ed. Trotta, 2001, p. 71-164.

ser livre e capaz de, por meio de sua vontade, gerir sua própria vida e participar de sua comunidade política, tendo como pressuposto a ideia de um contrato social e de uma esfera privada que escapa ao controle do Estado e se vincula ao conceito de propriedade<sup>150</sup>. Segundo Denis Franco Silva, “ser autônomo, para o direito privado liberal clássico, seria não sofrer interferências externas no autorregramento dos próprios comportamentos ou relações, de forma a poder concretizar seus interesses na maior medida possível”<sup>151</sup>.

Oscar e Mary Handlin apontam que essa concepção negativa de liberdade é uma das principais assunções da teoria política Ocidental, desde o século XVIII, e ganhou força nesse contexto específico, em que havia forte contraposição a um sistema político, social e jurídico em que privilégios e poderes eram difusamente investidos a determinadas instituições, indivíduos e corporações, com uma diferenciação entre grupos e *status* sociais<sup>152</sup>.

Um dos teóricos do pensamento ocidental moderno que defende a liberdade em termos negativos é John Locke, que teve grande influência na construção do que se denomina “individualismo proprietário”<sup>153</sup>, ao vincular as concepções de liberdade e de propriedade. Na perspectiva de Locke, os indivíduos precedem a ordem social e política, mas decidem deixar o estado de natureza e constituir a sociedade por meio de seu consentimento expresso, para proteger suas propriedades<sup>154</sup>. Esse indivíduo pré-existente à ordem social é dotado de razão e livre-arbítrio e, mesmo no estado de natureza, é o titular da propriedade exclusiva sobre “a sua própria pessoa”, sobre “seu corpo”, e, conseqüentemente, de seu trabalho e de tudo aquilo que deste provém<sup>155</sup>.

---

<sup>150</sup> Todas essas compreensões estão presentes na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que sustenta a liberdade e a propriedade como direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, cuja preservação justifica a existência da associação política.

<sup>151</sup> SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 140.

<sup>152</sup> HANDLIN, Oscar; HANDLIN, Mary. **The dimensions of liberty**. Cambridge: Harvard University Press, 1961, p. 13-14.

<sup>153</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 89.

<sup>154</sup> LOCKE, John. **Second treatise of government**. Indianapolis and Cambridge: C.B. McPherson Hackett Publishing Company, 1980. E-book Kindle, 1980, p. 74.

<sup>155</sup> Ibid., p. 23.

Desse modo, Locke concebe a propriedade como um direito natural instituído pelo trabalho e que deve ser protegido pelo Estado, sendo essa proteção o fator de legitimação do poder político<sup>156</sup>. A dimensão negativa de liberdade pode ser apreendida pela admissão de exercício do poder estatal apenas para a proteção da propriedade e demais direitos dela relacionados, pois qualquer excesso ou violação poderia ensejar o exercício do direito de resistência<sup>157</sup>.

Para Roberto Esposito<sup>158</sup>, a teoria de Locke parte de uma articulação teológico-política em torno das ideias de livre-arbítrio, *accountability* (responsabilidade) e juízo e realiza uma drástica cisão entre pessoa (homem-consciência) e corpo vivo (homem-animal). Essa distinção permitiu atribuir uma qualificação e um valor jurídico específicos à pessoa, concebendo-a como um agente moral dotado de consciência e responsável por suas ações. Para Esposito, esse conceito de pessoa articulado por Locke torna-se o eixo categorial em torno do qual se situam a noção de sujeito de direito e de objeto de imputação jurídica (responsabilidade), além de envolver uma lógica em que a liberdade é, ao mesmo tempo, “condição e resultado de um processo de apropriação”<sup>159</sup>: a apropriação do indivíduo sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo. Essa cisão entre racionalidade e corporalidade e a lógica da apropriação e responsabilidade fazem com que o regime jurídico aplicável ao corpo o aproxime da condição de coisa, o que contribuiu para a articulação de um “dispositivo da pessoa”<sup>160</sup> que viabiliza e legitima a exclusão dos seres humanos que não se enquadram na categoria de agente moral e racional.

Essa crítica realizada por Esposito possui grande relevância para a análise da autodeterminação existencial, porque a cisão corpo/razão e as ideias de apropriação e de imputação jurídica estão presentes em algumas das

---

<sup>156</sup> Fioravanti esclarece que, para Locke, mesmo no estado de natureza, os homens são razoavelmente capazes de instituir a “*property*” e “decidir de forma relativamente determinada sobre sua pessoa e seus bens”. No entanto, não eram capazes de assegurá-la no tempo, porque lhes faltava uma *standing rule*, razão pela qual decidem por instituir uma sociedade política. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Ed. Trotta, 2001, p. 91-92.

<sup>157</sup> LOCKE, John. **Second treatise of government**. Indianapolis and Cambridge: C.B. McPherson Hackett Publishing Company, 1980. E-book Kindle, p. 76

<sup>158</sup> ESPOSITO, Roberto. **Dois**: A máquina da teologia política e o lugar do pensamento. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2019, p. 142-149.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 149.

<sup>160</sup> *Id.*

estruturas de sentido que serão posteriormente identificadas em relação à personalidade e direitos a ela correspondentes, ao sujeito de direito e à autonomia privada, com reflexos negativos sobre as decisões judiciais que examinam questões afetas à esfera existencial, dada a dificuldade de se apreender vivências que não se enquadram em uma perspectiva racionalista da ação humana.

Para além da cisão entre mente/razão e corpo, a valorização da liberdade negativa, nesse período histórico, fundamentou-se no valor intrínseco da liberdade como algo inato à condição humana e na sacralização da propriedade privada como lugar simbólico de exercício dos direitos e liberdades individuais<sup>161</sup>. Essa perspectiva filosófica era consentânea com o capitalismo ascendente, o que fez com que se propagasse, tanto na tradição jurídica anglo-saxônica como na Europa continental<sup>162</sup>, a associação da propriedade com um direito natural praticamente absoluto, do qual o homem poderia livremente usar, fruir e dispor.

A vinculação entre os conceitos de liberdade e propriedade e a visão de que a propriedade é o lugar por excelência do exercício dos direitos e liberdades individuais reflete uma concepção negativa de liberdade como não coerção<sup>163</sup>.

Com efeito, a dimensão negativa da liberdade envolve uma forte distinção entre a esfera pública (associada à atuação política) e a esfera privada (centrada na propriedade e vista como lugar privilegiado para o exercício das liberdades individuais), o que remete à conhecida diferenciação feita por Benjamin Constant entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos<sup>164</sup>.

---

<sup>161</sup> A vinculação entre a liberdade e a propriedade, “foi também o *Leitmotiv* da construção histórica da liberdade dos indivíduos no Direito Civil Moderno”, sobretudo, por meio das grandes codificações oitocentistas (Code e BGB) que influenciaram o Direito Civil brasileiro. PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 1.

<sup>162</sup> Ainda que a tradição da Europa continental seja “especulativa e racionalista” e a anglo-saxã seja “assistemática e empírica”. SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. **O problema do contrato: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 28, nota 28.

<sup>163</sup> “A liberdade negativa se situa assim, no reverso do Estado: trata-se da possibilidade de fazer escolhas que será tão mais ampla quanto menor for a coerção estatal”. PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Op. cit., p. 31.

<sup>164</sup> CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Coleção clássicos do direito, v. 3. Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015.

Essa compreensão propicia o surgimento da noção moderna de privacidade (*privacy*) como uma esfera distinta do âmbito estatal e político e que é supostamente livre de interferências do governo ou da sociedade, consagrando-se no denominado *right to be let alone*<sup>165</sup>.

Para Oscar e Mary Handlin, a valorização da liberdade negativa foi importante na luta contra a arbitrariedade no uso do poder estatal e possibilitou o desenvolvimento de instituições que assegurassem as liberdades de expressão, acadêmica e religiosa, por exemplo<sup>166</sup>. No entanto, os autores apontam que o enfoque no caráter negativo<sup>167</sup> obscureceu outras dimensões da liberdade, além de desconsiderar que há outras restrições, além da estatal, que podem ser até mais severas e graves do que as interferências governamentais, o que varia a depender do contexto histórico, político e social<sup>168</sup>.

Jean L. Cohen tece uma crítica semelhante ao discorrer sobre o caráter ideológico da liberdade negativa. Para a autora, a pressuposição de uma esfera pré-política de vida – na qual o indivíduo poderia naturalmente atuar de maneira livre e igual – permitiu legitimar a não intervenção do Estado em situações de manifesta injustiça que ocorrem na esfera privada, como aquelas de violência doméstica contra mulheres, contribuindo para a reprodução do *status quo* e a reafirmação de desigualdades entre os gêneros<sup>169</sup>.

Essas críticas evidenciam algumas dificuldades e aspectos problemáticos de se restringir a liberdade a um viés estritamente negativo, como ausência de intervenção do Estado, o que deverá ser considerado na conceituação da autodeterminação existencial. Todavia, é preciso considerar que mesmo no início da Modernidade, a liberdade não se circunscreveu a uma

---

<sup>165</sup> Em uma tradução não literal: direito de não ser importunado. Jean L. Cohen aponta criticamente que a justificação da privacidade usualmente é relacionada ao conceito de propriedade privada, como centro simbólico de todo o complexo de direitos individuais, o que envolve a construção do *right to be let alone*, como uma assunção de que o governo deveria deixar os indivíduos imperturbáveis, a menos que houvesse um propósito público legítimo. COHEN, Jean-Louis. **Regulating Intimacy: A new legal paradigm**. Princeton: Princeton University Press, 2004. E-book Kindle, p. 46-47.

<sup>166</sup> HANDLIN, Oscar; HANDLIN, Mary. **The dimensions of liberty**. Cambridge: Harvard University Press, 1961, p. 10.

<sup>167</sup> O enfoque nessa dimensão não excluía a percepção de liberdade positiva, como poder de exercício, que está também presente na ideia de autonomia privada, conforme se verá adiante.

<sup>168</sup> HANDLIN, Oscar; HANDLIN, Mary. Op. cit., p. 11-12.

<sup>169</sup> COHEN, Jean-Louis. Op. cit., p. 9.



dimensão estritamente negativa. A própria vinculação entre a liberdade e a propriedade feita por Locke pressupunha o reconhecimento de um poder individual atribuído ao proprietário para dispor de seu trabalho e, sobretudo, de seus bens, o que permite identificar a existência de uma dimensão positiva de liberdade, relacionada à autonomia, que foi enfatizada na obra de Kant e também merece ser problematizada.

### 3.1.2 A dimensão positiva da liberdade e a crítica ao racionalismo

Segundo a distinção proposta por Isaiah Berlin, a liberdade negativa corresponde às áreas e aspectos em que se deixa o indivíduo ou grupo de indivíduos “ser ou fazer”, de acordo com sua capacidade e sem interferência alheia; ao passo que a liberdade positiva é a fonte de poder, controle e interferência, que pode determinar o ser e o agir de si mesmo e o de outrem<sup>170</sup>.

Assim, ao passo em que a dimensão negativa de liberdade se caracteriza pela ausência de coerção estatal, a dimensão positiva consiste no poder de autorregulamentar seus próprios interesses e de agir em conformidade com as próprias convicções. Apesar da distinção teórica, é possível constatar que essas duas dimensões de liberdade não são absolutamente cindíveis e se constroem em uma relação de interdependência, havendo, inclusive, teorias da própria Modernidade que deram maior ênfase à liberdade positiva.

Influenciado pelos ideais Iluministas, Kant conclamava que o “homem” deveria sair da menoridade – compreendida como a submissão à tutela de outrem -, pelo uso da razão. Competiria aos governantes auxiliar e permitir que seus súditos alcançassem a “maioridade”, ao possibilitar escolhas das matérias relativas à sua própria consciência, por meio da garantia das liberdades de expressão, consciência e religião<sup>171</sup>.

A invocação de liberdades fundamentais e da ausência de determinações externas do agir corresponde a uma dimensão negativa de

---

<sup>170</sup> BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: BERLIN, Isaiah. **Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 169.

<sup>171</sup> Cf.: KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: “O que é o iluminismo?”. In: KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Trad. de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004.

liberdade<sup>172</sup>, porém, Kant se insere dentre os autores que enfatizam um conceito de liberdade positiva, pautada no racionalismo e no individualismo. Para Kant, a autonomia diz respeito justamente à autoimposição das leis morais, pelo indivíduo, a quem compete utilizar a razão para alcançar uma moral universal. O imperativo categórico<sup>173</sup> sintetiza a ideia de autonomia como “fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional”<sup>174</sup> e, ao mesmo tempo, como “princípio supremo da moralidade”<sup>175</sup>, em uma articulação entre racionalidade, moralidade, dignidade e autonomia:

A necessidade prática de agir segundo este princípio [da autonomia], isto é, o dever, não assenta em sentimentos, impulsos e inclinações, mas sim somente na relação dos seres racionais entre si, relação essa em que a vontade de um ser racional tem de ser considerada sempre e simultaneamente como legisladora, porque de outra forma não podia pensar-se como fim em si mesmo. A razão relaciona pois cada máxima da vontade concebida como legisladora universal com todas as outras vontades e com todas as acções para connosco mesmos, e isto não em virtude de qualquer outro móbil prático ou de qualquer vantagem futura, mas em virtude da ideia da dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá.

(...)

Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade<sup>176</sup>.

Nessa linha de compreensão, a autonomia kantiana se vincula à ideia de autolegislação e se contrapõe à heteronomia. O “sujeito humano deve ser considerado ‘livre’ uma vez que possui fortuna e à medida que tem a capacidade

<sup>172</sup> Maurizio Fioravanti afirma que a constituição republicana defendida por Kant se fundamenta no princípio da liberdade, admitindo-se a interferência do Estado sobre os direitos e liberdades indivíduos para garantir a mesma liberdade a todos, nunca para indicar uma direção ou estabelecer a finalidade a ser perseguida no exercício dos direitos individuais. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: De la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Ed. Trotta, 2001, 123-124.

<sup>173</sup> “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 57.

<sup>174</sup> Ibid., p. 79.

<sup>175</sup> “Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objectos do querer). O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal”. Ibid., p. 85.

<sup>176</sup> Ibid., p. 77.

de se dar as leis de seu agir”<sup>177</sup>, do contrário, não haverá respeito à sua dignidade.

O pensamento de Kant pressupõe um princípio moral universal, alcançável pelo uso da razão e pelo exercício da autonomia por um sujeito transcendental que não se submete à causalidade natural, ou seja, que controla seus próprios desejos e impulsos corpóreos. Reitere-se que o imperativo categórico e a autonomia se apresentam em uma dimensão moral e não propriamente jurídica. Entretanto, mesmo no âmbito do Direito, uma sociedade justa será aquela cujas leis aplicáveis a todos os seus integrantes garantam a todos eles o livre uso de seus arbítrios, admitindo-se o uso da coerção apenas para impedir que haja obstáculos a essa liberdade de natureza positiva<sup>178</sup>.

Para Roberto Esposito<sup>179</sup>, o pensamento kantiano acentua a imputabilidade jurídica que já estava presente em Locke, com uma completa distinção entre homem carnal e razão intelectual e entre senhorio (sobre si mesmo) e propriedade (sobre as coisas). Em Kant, há um reforço da articulação entre subjetividade e sujeição: o homem se torna sujeito e é livre quando se assujeita à própria razão e não pode dispor de si mesmo, porque “é responsável pela humanidade que reside em sua pessoa”<sup>180</sup>. Segundo Esposito, a condição de pessoa não é propriamente um atributo universal do ser humano, pois é concedida apenas àqueles que têm capacidade jurídica<sup>181</sup> e que se qualificam como sujeitos de direito. Em relação aos demais, a condição de coisa e a da pessoa se sobrepõem, o que se infere no próprio reconhecimento de uma superioridade natural do homem que justificaria a desigualdade jurídica e a sujeição dos filhos, da mulher e dos servos<sup>182</sup>.

Como é possível observar, a filosofia kantiana também se fundamenta em uma perspectiva racionalista, ou seja, na pressuposição de um sujeito

---

<sup>177</sup> HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 46

<sup>178</sup> BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Trad.: Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000, p. 118-119.

<sup>179</sup> ESPOSITO, Roberto. **Dois: A máquina da teologia política e o lugar do pensamento**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2019, p. 149-157.

<sup>180</sup> Ibid., p. 153.

<sup>181</sup> A crítica realizada por Esposito ao “dispositivo da pessoa” evidencia os problemas em se invocar o pensamento de Kant como sustentáculo da dignidade humana e do conceito jurídico de autodeterminação.

<sup>182</sup> ESPOSITO, Roberto. Op. cit., p. 154-156.

racional inato e responsável, capaz de manifestar a sua vontade e de controlar seus impulsos, sentimentos e o próprio agir. Axel Honneth, inclusive, aponta que o pensamento de Kant se enquadra em um conceito de “liberdade reflexiva”, porque enfatiza a “ideia de que os sujeitos só podem querer o que tomarem por correto reflexivamente”<sup>183</sup>.

A correlação entre autonomia, responsabilidade e agir racional contribui para fincar a personalidade como eixo de atribuição de direitos e deveres, em torno do qual se estruturam formalmente as categorias de capacidade jurídica, autonomia privada e dignidade. Isso produz profundos reflexos sobre a apreensão jurídica da ação humana, limitando-a a uma manifestação consciente da vontade, o que obscurece a necessidade de proteção jurídica de outros aspectos relacionados às vivências individuais.

No entanto, antes de dar continuidade a essa problematização, ainda é necessário examinar outra matriz semântica que se atribui à dimensão positiva de liberdade e também se apresenta como “liberdade reflexiva”: trata-se da ideia de “autorrealização”, que não se centra em uma moral transcendental ou metafísica, mas em uma perspectiva empírica e substancial, que se preocupa com a existência de recursos e precondições sociais que devem permitir ao sujeito articular seu “eu” autêntico, independentemente de coerções<sup>184</sup>.

Uma teoria que assimila a liberdade ao ideal de autorrealização, já no séc. XIX, é a de John Stuart Mill. Ao buscar uma conciliação entre o princípio do utilitarismo e os direitos individuais, Stuart Mill defende que o exercício pessoal e individual da liberdade é imprescindível à maximização do bem-estar, mas rechaça a pretensão de conformidade a um padrão ou a uma lei universal, pois isso inibiria o pleno desenvolvimento das faculdades humanas de “percepção, julgamento, sentimento discriminativo, atividade mental e (...) preferência moral”, as quais “só são exercitadas quando se faz uma escolha”<sup>185</sup>. Na compreensão do autor, incumbe ao Estado promover a “originalidade” individual, por meio da garantia universal da educação e da diversidade de opiniões e manifestações

---

<sup>183</sup> HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 43.

<sup>184</sup> Ibid. p. 76.

<sup>185</sup> MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 2019, p. 102.

culturais, as quais considera essenciais para que cada um possa “usar e interpretar de uma maneira própria a experiência”, adequando-as “as suas circunstâncias e caráter”<sup>186</sup>. Assim, a atuação do Estado sobre a ação individual é admitida para a promoção da originalidade, mas não para a imposição heterônoma de modos de vida, afinal, “Sobre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano”<sup>187</sup>.

Todavia, Stuart Mill não defende um espaço de liberdade absoluta, pois a submete a uma base ética de caráter empírico. Ao indagar sobre qual seria o “justo limite à soberania do indivíduo sobre si próprio” e o “começo da autoridade da sociedade”<sup>188</sup>, o autor exclui a possibilidade de que agentes externos (Estado e sociedade) possam atuar para suprir deficiências de racionalidade, no intuito de proteger a pessoa de si mesma, ou mesmo de impor crenças majoritárias quanto à melhor forma de vida, concluindo que a atuação do indivíduo é livre desde que não provoque danos materiais aos demais, sob pena de responsabilização<sup>189</sup>.

Importante salientar que, para Stuart Mill, o “princípio da liberdade não tem aplicação a qualquer estado de coisas anterior ao tempo em que a humanidade se tornou capaz de se nutrir da discussão livre e igual”<sup>190</sup>. Esse raciocínio o afasta de uma posição jusnaturalista, mas a defesa dessa liberdade de caráter social também se fundamenta em uma ação racional do indivíduo na manifestação de sua originalidade, que decorre da realização de escolhas conscientes.

Por não estar vinculada a uma moral universal, é possível considerar que ideia de liberdade como autorrealização de Stuart Mill é mais permeável ao reconhecimento de diferentes convicções sobre o bem viver e diferentes expressões da liberdade humana, no entanto, ela ainda se pauta por uma

---

<sup>186</sup> MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 2019, p. 102.

<sup>187</sup> Ibid., p. 36.

<sup>188</sup> Ibid., p. 125.

<sup>189</sup> Há dois preceitos que resumem a doutrina por ele apresentada em *Sobre a liberdade*: “O primeiro de tais preceitos é que o indivíduo não responde perante a sociedade pelas ações que não digam respeito aos interesses de ninguém a não ser ele. (...). O segundo preceito consiste em que, por aquelas ações prejudiciais aos interesses alheios, o indivíduo é responsável e pode ser sujeito à punição, tanto social como legal, se a sociedade julga que a sua defesa requer uma ou outra”. Ibid., p. 152.

<sup>190</sup> Ibid., p. 36.

escolha consciente e deliberada do indivíduo em relação a sua própria vida. Mais do que isso, a compreensão de soberania sobre o próprio corpo evidencia a presença, também em sua teoria, da divisão entre mente e corpo e a lógica da apropriação e do senhorio sobre si mesmo, com a subjugação dos aspectos corpóreos pela razão.

Essa ideia de autorrealização também está, de certa maneira, presente no pensamento atual a respeito da autonomia privada e da autodeterminação existencial – ainda que cada um desses conceitos possua um significado próprio –, refletindo-se na possibilidade de “definição dos rumos da própria vida”, no “direito à busca da felicidade” e no “livre desenvolvimento da personalidade”, que serão objeto de análise no plano teórico e jurisdicional.

A partir da análise desenvolvida, é possível afirmar que as concepções reflexivas de liberdade de Kant e de Stuart Mill se fundamentam em perspectivas muito distintas, porém, ambas denotam um papel ativo do indivíduo na regência de sua própria existência, com a realização de escolhas racionais ou, ao menos refletidas, livres de coerções externas do Estado ou da sociedade, ou seja, garantidas por um espaço de liberdade negativa. Ambos os autores concebem a existência de um sujeito capaz de refletir e que é o senhor de si, de suas ações e de seu próprio corpo – o que denota a valorização da individualidade e da racionalidade – e enfatizam a liberdade em sua dimensão positiva, ou seja, no reconhecimento de um poder de autorregramento da própria vontade. Essas concepções corroboram a tese de que o valor da pessoa acaba por se concentrar em sua capacidade de exercer a autonomia<sup>191</sup>, ou seja, de estabelecer normas para si mesma, por meio da manifestação da própria vontade.

Como é possível observar, é constante no pensamento moderno a percepção de um indivíduo livre, que se constitui independentemente do entorno social e que é capacitado para refletir e deliberar sobre a própria vida, sem que se note preocupação com as circunstâncias materiais e culturais em que ele está inserido, com as influências da sociedade na constituição da individualidade e nos próprios processos de subjetivação presentes no contexto social e

---

<sup>191</sup> HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 35.

cultural<sup>192</sup>. Pode-se sustentar, inclusive, que essa percepção influencia na apreensão jurídica da liberdade por meio dos conceitos de autonomia privada e autodeterminação, o que torna necessária sua problematização, até porque, possivelmente, constitui o ponto mais crítico na possibilidade de conceituação da autodeterminação existencial como “vivência de liberdade”<sup>193</sup>. Por essa razão, é oportuno examinar de modo mais específico algumas das críticas que se apresentam à compreensão da liberdade positiva.

O racionalismo moral presente no pensamento kantiano a respeito da liberdade é bastante criticado por Isaiah Berlin. Para Berlin, o conceito de liberdade positiva se relaciona com a ideia de democracia e de autogoverno, já que deriva do desejo de ser senhor de si mesmo e de decidir sobre a própria vida<sup>194</sup>. Todavia, Berlin critica a liberdade positiva kantiana, em razão das perspectivas totalitárias que ela pode fundamentar, sob o pretexto de que há uma racionalidade mais perfeita a ser observada, à luz da perspectiva de que há apenas um valor moral universal a servir de guia para todas as pessoas:

(...) This dominant self is then variously identified with reason, with my 'higher nature', with the self which calculates and aims at what will satisfy it in the long run, with my 'real', or 'ideal', or 'autonomous' self, or with my self 'as its best'; which is contrasted with irrational impulse, uncontrolled desires, my 'lower' nature, the pursuit of immediate pleasures, my 'empirical' or 'heteronomous' self, swept by every gust of desire and passion, needing to be rigidly disciplined if it is ever to rise to the full height of its 'real' nature<sup>195</sup>.

Em seu cerne, a crítica de Berlin se dirige à ideia de libertação pela razão, sobretudo quando esta é orientada por uma moral de caráter universal. Assim, Berlin vincula a concepção de liberdade positiva a um sujeito impessoal

<sup>192</sup> Cf. FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Mello Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2005.

<sup>193</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 130.

<sup>194</sup> BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: BERLIN, Isaiah. **Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 178.

<sup>195</sup> Id. “Esse eu dominante é então identificado de diversas formas diferentes com a razão, com minha ‘natureza superior’, com o eu que calcula e objetiva ao que irá satisfazer em longo prazo, com meu eu ‘real’, ‘ideal’ ou ‘autônomo’, ou com meu eu ‘em seu melhor’; o qual é contrastado com o impulso irracional, desejos incontrolados, minha natureza ‘inferior’, a busca de prazeres imediatos, meu eu ‘empírico’ ou ‘heterônomo’, varrido de todo gosto de desejo e paixão, necessitando ser rigidamente disciplinado para um dia alcançar a altura completa de sua natureza ‘real’” (tradução da autora).

engendrado pelo liberalismo humanista presente em Kant, que identifica o verdadeiro “eu” apenas com o uso crítico da razão, que controla os impulsos e sentimentos e cinde esse mesmo sujeito em duas partes opostas:

(...) the ‘positive’ conception of freedom as self-mastery, with its suggestion of a man divided against himself, has in fact, and as a matter of history, of doctrine and of practice, lent itself more easily to this splitting of personality into two: the transcendent, dominant controller, and the empirical bundle of desires and passions to be disciplined and brought to heel<sup>196</sup>.

A crítica de Berlin à liberdade positiva kantiana<sup>197</sup> é relevante por evidenciar que a invocação de uma moral racionalista e universal como base para a autonomia pode dar ensejo a posições totalitárias, que buscam impor seus próprios valores aos demais e eliminam a possibilidade de “escolher fins sem recorrer a uma validade eterna para eles”<sup>198</sup>. Para Berlin, a liberdade positiva possibilita a invocação de “metáforas orgânicas”, que remetem à visão de uma coletividade personificada capaz de levar o indivíduo a um nível maior de liberdade, justificando limitações e coerções ao agir humano com base nessa finalidade<sup>199</sup>. Segundo o autor, essa atitude paternalista corresponderia a um despotismo, um insulto à concepção de que todos são seres humanos, determinados a fazer de suas vidas em acordo com seus próprios propósitos<sup>200</sup>.

Observa-se, assim, que, Berlin é adverso ao enaltecimento de um único valor como preponderante sobre os demais, em nome de dada comunidade e

---

<sup>196</sup> BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: BERLIN, Isaiah. **Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 181. “(...) a concepção positiva de liberdade como autogoverno, com sua sugestão de um homem dividido contra si mesmo tem, de fato, e como uma questão de história, doutrina e prática, se emprestado mais facilmente a essa divisão da personalidade em dois: o controlador, dominante e transcendente, e o agrupamento empírico de desejo e paixões, a ser disciplinado e submetido” (tradução da autora). Ainda que o objetivo de Berlin tenha sido criticar a liberdade positiva, os trechos citados de sua obra remetem a uma divisão da personalidade humana em duas partes: a primeira racional e dominante e a segunda corpórea e subjugada. Essa percepção corrobora a crítica que já havia sido realizada na análise da liberdade negativa, no sentido de que o pensamento moderno reforça a cisão entre corpo e mente: o indivíduo é a mente/espírito e o corpo se aproxima da condição de uma coisa que é simplesmente controlada e assujeitada pela razão, o que está presente em Locke, Kant e Stuart Mill e produz influências sobre a conformação jurídica da personalidade e da autonomia.

<sup>197</sup> Ibid., p. 172.

<sup>198</sup> Ibid., p. 217. Tradução da autora. No original: “(...) *freedom to choose ends without claiming eternal validity for them and the pluralism of values*”.

<sup>199</sup> Ibid., p. 179.

<sup>200</sup> Ibid., p. 203.



com fundamento em uma validade objetivamente estabelecida no plano metafísico e justificável racionalmente. Ele defende a validade relativa das convicções de cada um, a qual, em sua visão, apenas seria possibilitada pela dimensão negativa da liberdade:

Pluralism, with the measure of 'negative' liberty that it entails, seems to me a truer and more humane ideal than the goals of those who seek in the great disciplined, authoritarian structures the ideal of 'positive' self-mastery by classes, or peoples, or the whole mankind. It is truer, because it does, at least, recognise the fact that human goals are many, not all of them commensurable, and in perpetual rivalry with one another. (...) <sup>201</sup>.

Em suma, ao se posicionar a favor do pluralismo das concepções de bem, Berlin defende a concepção negativa de liberdade, segundo a qual o indivíduo seria livre para agir de acordo com suas preferências, desejos e vontade, independentemente de constringências externas.

Entretanto, em contraposição às críticas feitas por Berlin à liberdade positiva, é preciso afirmar que ela não necessariamente se vincula à moral transcendental kantiana ou a um valor moral universal, o que é evidenciado pela própria liberdade positiva como autorrealização de Stuart Mill, autor que defende o pluralismo de valores e concepções de bem.

Posicionando-se contrariamente a essa visão de Berlin, Daniel Sarmiento defende que a liberdade positiva não se confunde com liberdade pública e tampouco é indissociável da concepção kantiana de autonomia. Para Sarmiento, é possível conceber a liberdade positiva em termos mais concretos e realistas, sem vinculação a uma racionalidade depreciativa dos sentimentos e da corporalidade humana e, assim, sem abrir espaço para posturas autoritárias de imposição de medidas heterônomas às pessoas <sup>202</sup>. Segundo o autor, a liberdade

---

<sup>201</sup> BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: BERLIN, Isaiah. **Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 216. "Pluralismo, com a medida da liberdade negativa que ela envolve, parece-me um ideal mais verdadeiro e mais humano que os objetivos daqueles que buscam, nas maiores estruturas disciplinadas e autoritárias o ideal da auto soberania positiva, por classes, povos ou a humanidade inteira. É mais verdadeira porque ela, a menos, reconhece que os objetivos humanos são variáveis, nem todos eles comensuráveis e em rivalidade perpétua um com o outro" (tradução da autora).

<sup>202</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: Conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 153.

positiva é a “capacidade real do agente de autodeterminar a sua conduta”<sup>203</sup> e exige não apenas o reconhecimento dessa capacidade de definição dos rumos da própria vida no âmbito privado, como também as condições materiais para seu exercício (aproximando-se, aqui, de um conceito substancial de liberdade, que será examinado mais à frente).

É preciso salientar, ainda, que o conceito estritamente negativo de liberdade, como aquele defendido por Berlin, incorre na pressuposição de um indivíduo abstrato, totalmente livre para agir, que desconsidera as profundas influências do meio social e cultural na formação da sua subjetividade<sup>204</sup>. Axel Honneth critica a visão exclusivamente negativa da liberdade, justamente porque o seu resultado é a apresentação do indivíduo “como ser atômico, que não possui interesse além de agir sem restrições, segundo suas próprias preferências circunstanciais”<sup>205</sup>.

Nesse sentido, Jean L. Cohen critica a liberdade negativa associada a não coerção, porque isso pode legitimar e reafirmar desigualdades na própria vida privada. A autora reconhece a importância dos direitos fundamentais e defende que a privacidade é um direito imprescindível para se assegurar a ação individual, no entanto, considera que essa esfera não pode ser imune à atuação do Estado, sob pena de subjugação dos mais vulneráveis. Para Cohen, a privacidade se subdivide em controle informacional (sobre os próprios dados

---

<sup>203</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 153.

<sup>204</sup> Berlin, porém, pretende se desvincular dessa pressuposição e se centrar na ideia de um indivíduo socializado e empírico: “*I am not disembodied reason. Nor am I Robinson Crusoe, alone upon his island. It is not only that my material life depends upon interaction with other men, or that I am what I am as a result of social forces, but that some, perhaps all, of my ideas about myself, in particular my sense of my own moral and social identity, are intelligible only in terms of the in social network in which I am (the metaphor must not be pressed too far) an element*”. BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: BERLIN, Isaiah. **Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 201. Tradução da autora: Eu não sou razão incorpórea. Nem eu sou Robinson Crusoe, sozinho em sua ilha. Não se trata apenas de que minha vida material depende de interação com outros homens, ou que eu sou o que eu sou como resultado das forças sociais, mas que algumas, talvez todas as minhas ideias sobre mim mesmo, em particular meu senso de minha própria moral e minha identidade social são inteligíveis apenas nos termos da rede social da qual eu sou (a metáfora não pode ser forçada) um elemento.

<sup>205</sup> HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 52.

peçoais)<sup>206</sup> e em autonomia decisória (*“decisional autonomy”*)<sup>207</sup>, que corresponde à possibilidade de cada um viver e agir de acordo com a sua própria concepção de bem. Essa autonomia possui natureza ética, admite a pluralidade de concepções de bem e pode ser compreendida como uma liberdade positiva, cuja normatividade não se antagoniza com a regulação estatal e pode dela depender para a sua concretização e efetividade.

Esses posicionamentos revelam que a crítica de Berlin à liberdade positiva não subsiste em sua integralidade. Embora seja necessário desvincular o conceito da moral transcendental racionalista de Kant, isso não afasta a importância da liberdade positiva e tampouco a posiciona em um patamar de inferioridade em relação à liberdade negativa. Do mesmo modo, não é possível o enaltecimento de uma liberdade estritamente negativa, que desconsidera que a existência humana depende da coexistência em sociedade, com as limitações que ela necessariamente acarreta à ação individual e as exigências de uma ação positiva do Estado, no intuito de garantir igualdade substancial entre os cidadãos, notadamente no contexto contemporâneo de um Estado constitucional.

Superada a crítica realizada por Berlin ao conceito de liberdade positiva, impõe-se maior incursão sobre o seu significado e definição.

Oscar e Mary Handlin aproximam-se das correntes do liberalismo político ao defender que o exercício da liberdade depende da organização e limitação do poder estatal<sup>208</sup>, porém, definem a liberdade a partir de sua dimensão positiva, como poder ou capacidade de ação. Desse modo, a liberdade é mensurada a partir da “extensão do poder de fazer o que se quer” e não pela ausência de restrições externas<sup>209</sup>. A pessoa livre é aquela que tem poder de

---

<sup>206</sup> Denominada, no direito brasileiro, de autodeterminação informativa, como será analisado no próximo capítulo.

<sup>207</sup> COHEN, Jean-Louis. **Regulating Intimacy**: A new legal paradigm. Princeton: Princeton University Press, 2004. E-book Kindle, pos. 230.

<sup>208</sup> HANDLIN, Oscar; HANDLIN, Mary. **The dimensions of liberty**. Cambridge: Harvard University Press, 1961, p. 7-8. Segundo os autores, a organização e limitação do poder exigem a sua articulação por meio de procedimentos definidos; o estabelecimento de limites além dos quais o poder não deve ser utilizado; a restrição das finalidades que possibilitam seu exercício; o resguardo de esferas em que a sociedade civil deve se organizar livremente e em que os indivíduos podem realizar determinadas escolhas de caráter pessoal, a exemplo da religião.

<sup>209</sup> Ibid., p. 17-18.

agir<sup>210</sup>, sem que necessariamente haja uma referência à racionalidade dessa ação.

Para os dois autores, essa concepção positiva de liberdade permite considerar que há formas de controle que escapam às regras rígidas de coerção imediata e podem estar situadas em outros planos, como na cultura, por exemplo<sup>211</sup>. Por esse motivo, as restrições governamentais à conduta individual nem sempre tornam uma sociedade menos livre, tendo em vista que podem contribuir para a ampliação do poder de ação individual, frente às amarras sociais<sup>212</sup>. Essa compreensão corrobora os argumentos já apresentados em favor da liberdade positiva.

Ao direcionar a análise da liberdade ao exercício de poder, Oscar e Mary Handlin concentram-se não apenas em uma esfera resguardada de constrações externas, mas tangenciam as condições para o seu exercício, o que permite perceber certo deslocamento da perspectiva de um indivíduo atomizado para um indivíduo que esbarra em limitações materiais e sociais ao exercício de sua liberdade. Esses autores, porém, não adentram em uma dimensão propriamente substancial da liberdade, já que a mera enunciação de um poder de ação e escolha não garante a sua existência no plano empírico. Nota-se, ainda, nesses autores, uma vinculação entre liberdade e propriedade, sem que haja maior atenção a outras esferas em que a liberdade positiva deve ser garantida, como no próprio âmbito político-social e na busca da afirmação e efetivação de direitos.

A partir das perspectivas até então apresentadas, tem-se que a liberdade positiva está relacionada ao reconhecimento de um poder individual de ação, de definição dos rumos da própria vida e regulação dos próprios interesses, para além da mera ausência de constrações externas. No entanto, essa definição da liberdade positiva como um poder individual não é suficiente para apreendê-la em sua dimensão substancial, uma vez que esse poder pode ser enunciado formalmente, sem que haja quaisquer garantias materiais ou existência de capacidade de ação, no plano fático.

---

<sup>210</sup> HANDLIN, Oscar; HANDLIN, Mary. **The dimensions of liberty**. Cambridge: Harvard University Press, 1961, p. 29.

<sup>211</sup> Ibid., p. 15.

<sup>212</sup> Ibid., p. 16.

### 3.1.3 A dimensão substancial da liberdade e a preocupação com a efetividade

A concepção da liberdade como efetivo poder de agir, em uma perspectiva substancial é estudada e defendida por Amartya Sen. É preciso salientar, desde logo, que Sen não busca projetar instituições perfeitas, voltadas à plena realização da igualdade e da liberdade a toda a humanidade. Sua preocupação é encontrar meios para tornar o mundo menos desigual e aperfeiçoar, na medida do possível, as instituições já existentes. Em *Desenvolvimento como liberdade*, ele defende o valor moral substantivo da liberdade e sustenta que o desenvolvimento não pode prescindir de um incremento das capacidades (*capabilities*) das pessoas, o que depende da atribuição, a todos, de um conjunto de funcionamentos essenciais para permitir às pessoas “levar o tipo de vida que elas valorizam” <sup>213</sup>.

Há, em Sen, uma crítica à percepção abstrata de que o crescimento econômico, a ampliação de acesso aos bens pelo consumo e a maximização da liberdade individual, pautada por visões utilitaristas, contribuem por si sós para o incremento da justiça nas sociedades contemporâneas. Para ele, a liberdade é indissociável da “condição de agente [*agency aspect*] do indivíduo”<sup>214</sup> a qual está amplamente relacionada à qualidade de vida, ao bem-estar, à legitimidade democrática do poder político, ao respeito ao pluralismo e à sustentabilidade. Em suma, para o autor, a liberdade não se dissocia de suas condições de possibilidade, ou seja, das condições materiais que viabilizam o seu exercício, incluindo a igualdade e a justiça social, a partir da eliminação da pobreza, da ampliação das redes de serviço público e assistência social, bem como a garantia de liberdades políticas e civis, dentre outras ações públicas e políticas que incrementam a capacidade de ação individual.

Em *A ideia de justiça*, Amartya Sen deixa claro que essas condições materiais envolvem a escolha ativa do sujeito, uma vez que “a ideia de liberdade também diz respeito a sermos livres para determinar o que queremos, o que

---

<sup>213</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010, p. 32.

<sup>214</sup> Id.

valorizamos e, em última instância, o que decidimos escolher”<sup>215</sup>. Há, assim, uma associação entre as ideias de capacidade e de oportunidade de liberdade, direcionadas a possibilitar “a aptidão real das pessoas para escolher viver diferentes tipos de vida em seu alcance”<sup>216</sup>, o que envolve as influências da sociedade e o funcionamento do mundo ao redor de quem exerce as escolhas.

Importante salientar que Sen apresenta críticas tanto ao individualismo metodológico quanto a noções estritamente coletivistas sobre a ação humana<sup>217</sup>. Por se preocupar com a efetividade e possibilidade concreta de ação, Sen não concebe a liberdade como algo dissociado do plano social ou produto de mera vontade, mas entende que há uma escolha real que deve ser considerada com base em algum nível de racionalidade e objetividade<sup>218</sup>.

A pressuposição de um sujeito racional, capaz de tomar decisões éticas e ser responsável por elas continua presente em Sen e merece ser problematizada. Como já se apontou, a invocação da racionalidade e objetividade na tomada de decisões sobre a vida é pouco permeável aos aspectos corpóreos, aos sentimentos e às expressões da subjetividade humana que não se fundamentam em escolhas. Sobretudo em aspectos existenciais, a ação humana deve ser compreendida em sua complexidade e, em alguns casos, demanda desprendimento de uma manifestação de vontade ou escolha, o que será explicitado de forma mais clara na análise das expressões jurídicas da liberdade.

De todo modo, não é a pressuposição racionalista que se pretende enfatizar ao se fazer referência à obra de Sen. O que se busca demonstrar é a importância da liberdade em seu sentido substancial, que atenta para a necessidade de fornecimento de condições materiais que viabilizem o exercício da liberdade positiva da forma mais igualitária possível.

A esse respeito, também merece referência o pensamento de Roberto Saba, para quem os direitos constitucionais, como a liberdade, não podem ser concebidos em uma perspectiva estritamente negativa, como meros limites a

---

<sup>215</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010, p. 266.

<sup>216</sup> Ibid., p. 271.

<sup>217</sup> Ibid., p. 278-279.

<sup>218</sup> Ibid., p. 71-81.

interferência do Estado sobre as decisões e ações individuais. Segundo Saba, a apreensão dos direitos fundamentais em sua dimensão positiva é necessária para que se possa impor ao Estado a tomada de ações voltadas à garantia e tutela desses direitos, inclusive com a elaboração de políticas públicas voltadas ao seu incremento. A concretização da igualdade substancial, na visão do autor, depende do desmantelamento de situações de desigualdade estrutural, em que determinados grupos são materialmente excluídos do acesso a direitos e garantias constitucionais em razão de discriminações profundamente arraigadas no tecido social (ou, ainda, situações de extrema pobreza)<sup>219</sup>. Essa compreensão dialoga com a apreensão da liberdade substancial, que demanda atenção à presença de condições materiais que possibilitem o seu exercício.

De forma semelhante e mais concreta, com relação à homossexualidade, Jean L. Cohen tece uma relevante crítica a respeito da compreensão moderna da liberdade e da privacidade apenas como não coerção e tolerância. Para a autora, a concepção meramente negativa desses direitos, sem que haja o reconhecimento de sua dimensão normativa e substancial reforça uma “epistemologia do armário”<sup>220</sup>, em que supostamente se permite a vivência da própria orientação sexual, desde que ela seja mantida em segredo (sob uma imposição de sigilo), ou seja, sem que se forneçam quaisquer garantias para a manifestação dessa vivência na esfera pública. Essa perspectiva estritamente negativa de liberdade apenas reafirma discursos e práticas homofóbicos<sup>221</sup>, que compreendem a homossexualidade como uma prática “anormal” a ser invisibilizada e não merecedora de uma tutela efetiva.

---

<sup>219</sup> SABA, Roberto. **Mas allá de la igualdad formal ante la ley**. Que les debe el Estado a los grupos desaventajados? Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 233-236. Para Saba, há grupos de pessoas que não sofrem exclusões formais de acesso a direitos individuais e sociais, bem como aos serviços públicos, no entanto, no plano fático, alcançá-los se torna praticamente impossível em razão de “*una situación sistemática de exclusión social o de sometimiento de esos grupos por otros o por el resto de la comunidad surgida de complejas prácticas sociales prejuicios y sistemas de creencias que los desplazan de ámbitos que, desde luego, ellos no controlan*” (Ibid., p. 31).

<sup>220</sup> A expressão não é de Jean L. Cohen, mas foi por ela extraída da obra *Epistemology of the Closet* (1990), de Eve Kosofsky Sedgwick.

<sup>221</sup> Essa crítica foi dirigida especificamente à política militar estadunidense lançada em 1993 pelo governo Bill Clinton, que ficou conhecida como “*Don’t ask, don’t tell policy*”. A política proibiu o efetivo militar de discriminar ou perseguir membros homossexuais ou bissexuais que mantivessem a sua orientação sexual em segredo, mas proibia que a orientação sexual fosse divulgada ou mencionada, porque isso violaria o decoro militar. Cf. COHEN, Jean-Louis. **Regulating Intimacy: A new legal paradigm**. Princeton: Princeton University Press, 2004. E-book Kindle, p. 63-73.

Esses argumentos reforçam a necessidade de que as concepções negativa, positiva e substancial de liberdade sejam apreendidas em seu conjunto, para que se possa garantir efetividade ao princípio constitucional de liberdade.

Com base no estudo até aqui realizado, a liberdade pode ser compreendida nos seguintes sentidos: (i) liberdade negativa, como ausência de restrições e intervenções externas, por parte do Estado ou sociedade; (ii) liberdade positiva, associada às ideias de autonomia, autodeterminação e autorrealização, todas com referência a um poder de ação e de autorregulamentação dos próprios interesses; (iii) liberdade substancial ou material, correspondente ao fornecimento de condições materiais para o exercício efetivo desse poder de ação no plano concreto.

Esses diferentes sentidos podem ser compreendidos como “dimensões” ou “perfis”<sup>222</sup> de liberdade, compreensão trazida para a análise dos institutos do Direito Civil a partir da tese elaborada por Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk. Por meio da demonstração da “viabilidade de um conceito plural de liberdade, coerente com uma sociedade também plural”<sup>223</sup>, Pianovski Ruzyk defende que a função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo pode consistir na “promoção, exercício e proteção de liberdade das pessoas em relação”<sup>224</sup>. A referência à tese de Pianovski Ruzyk é relevante para a delimitação conceitual apresentada na presente dissertação, não apenas porque evidencia a pluralidade semântica do conceito de liberdade, mas porque apresenta o conceito de “liberdade positiva vivida”<sup>225</sup>, que será imprescindível para a compreensão e delimitação conceitual da autodeterminação existencial.

---

<sup>222</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 211.

<sup>223</sup> Ibid., p. 212. A compreensão de que “a função de base dos institutos do Direito Civil pode consistir na promoção do exercício, proteção e incremento de liberdade(s)” (p. 341), defendida por Pianovski Ruzyk, poderia ser utilizada para afirmar que essa função de promover a(s) liberdade(s) é o *point* orientador da interpretação e aplicação dos institutos do Direito Civil, à luz “atitude interpretativa” dworkiniana objeto de análise no capítulo anterior.

<sup>224</sup> Ibid., p. 149.

<sup>225</sup> Ibid., p. 211.



Observe-se que as “dimensões de liberdade”<sup>226</sup> são conceitos distintos, mas interdependentes. Todos eles integram a essência do direito fundamental de liberdade consagrado no *caput* do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>227</sup> e sua conjugação é necessária para garantir efetividade a esse princípio orientador do Direito Civil. Cada uma dessas “dimensões de liberdade”<sup>228</sup> se enquadra em determinada contextualização espaço-temporal<sup>229</sup> e envolve significados específicos, bem como críticas subjacentes que são relevantes para que se possa conduzir a interpretação em relação aos conceitos de autonomia e de autodeterminação existencial, mas nenhuma dessas dimensões permite a adequada compreensão da liberdade isoladamente, já que devem ser apreendidas em conjunto.

Ao se retomar o pensamento dos autores até então analisados, nota-se que, independentemente da defesa da liberdade em seus matizes negativo, positivo, ou substancial, todos envolvem, de uma ou outra maneira, a ideia de um sujeito capaz de agir racionalmente e de realizar escolhas éticas sobre os rumos da própria vida. Essa vinculação à racionalidade é insuficiente para apreender a ação humana em sua complexidade, pois esta também se manifesta por meio de emoções, sentimentos e vivências e nem sempre se expressa por escolhas pontuais ou por manifestações de vontade.

Nesse sentido, há dois pontos críticos relevantes para a autodeterminação existencial e que não são apreendidos pelas teorias que vinculam a liberdade a uma escolha individual refletida: a questão do corpo e da personalidade (o que envolve a própria noção de capacidade jurídica) e a questão das influências sociais sobre a(s) subjetividade(s) e a (s) identidade(s), bem como a sua constante transformação. No entanto, para evitar um deslocamento excessivo da base teórica que produziu influências na construção do perfil jurídico de liberdade, essas críticas serão realizadas posteriormente,

---

<sup>226</sup> Cf.: PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

<sup>227</sup> Art. 5º da CRFB: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”

<sup>228</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Op. cit., p. 211.

<sup>229</sup> Ibid, p. 101.

quando esclarecida a estrutura de sentido que permeia os conceitos de autonomia e de autodeterminação existencial.

Assim, os próximos tópicos examinam as estruturas semânticas que sustentam as concepções de autonomia privada e de autodeterminação existencial, como expressões jurídicas do princípio constitucional expresso da liberdade, uma vez que já foram apresentadas as perspectivas teóricas que permitem distinguir os sentidos atribuídos à própria liberdade. Registre-se, porém, que não se pretende atribuir aos autores acima referenciados alguma participação direta na conformação desses conceitos jurídicos, mas identificar pontos de semelhança e conexão que permitem inferir suas bases ideológicas e respectivos efeitos.

### 3.2 AS EXPRESSÕES JURÍDICAS DA(S) LIBERDADE(S) NO DIREITO CIVIL

Por ser um dos valores sobre os quais se fundamenta a Modernidade e se legitima o Estado de Direito, a liberdade ingressa no mundo jurídico e, mais especificamente, no âmbito do Direito Civil, por meio de um conceito abstrato e formal de autonomia que, em maior ou menor aspecto, remete às diferentes “dimensões de liberdade”<sup>230</sup> anteriormente delineadas.

É preciso ressaltar que o conceito jurídico de autonomia também não é um conceito estanque e sofre influências com o passar do tempo, o que revela a sua historicidade<sup>231</sup>. O Direito Civil ocidental (inclusive o brasileiro), recebeu influências das grandes codificações liberais – *Code* (1804) e BGB (1896)<sup>232</sup> – e, conseqüentemente, sofreu os influxos dos diferentes conceitos filosóficos de liberdade próprios da Modernidade, moldando-os de acordo com sua própria racionalidade e adaptando-os às especificidades de seus contextos históricos e sociais.

---

<sup>230</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 211.

<sup>231</sup> Segundo Perlingieri, a autonomia privada não é conceito a-histórico ou estático, devendo variar conforme a relação a que se aplica e os valores que a informam. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17.

<sup>232</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Ed. rev., atual. e aum., de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 56-59.

A análise da estrutura de sentido da autonomia (autonomia da vontade e autonomia privada) e da autodeterminação permite identificar algumas dessas bases teóricas que revelam aspectos do liberalismo, do individualismo, do humanismo e do racionalismo que se consagraram com a Modernidade. São essas bases que sustentarão a posterior diferenciação entre autodeterminação e autonomia privada.

### 3.2.1 Autonomia da vontade e autonomia privada

A liberdade é tradicionalmente incorporada pelo direito privado por meio do conceito de autonomia privada. Nas palavras de Pontes de Miranda, “O direito (...) é baseado em que cada um tem campo de autonomia em que pode rumar, como entenda, a sua vida”<sup>233</sup> e se supõe em cada indivíduo “uma aptidão biológica, social e psico-individual para alcançar fins autônomos, escolhendo os fins e, ainda, criando fins seus”<sup>234</sup>.

Assim, a matriz semântica do conceito de autonomia remete à ideia de autogoverno e de autorregulamentação dos interesses e tem por referência um sujeito racional e capaz de realizar escolhas e manifestar livremente sua vontade, no intuito de produzir efeitos jurídicos. Em referência a uma expressão foucaultiana, trata-se de um “sujeito de conhecimento” preexistente, sobre o qual as condições econômicas, sociais e políticas da existência simplesmente se depositam, sem que se considerem as influências das práticas sociais sobre a própria produção da subjetividade<sup>235</sup>.

Essa concepção de autonomia tem as suas origens no jusnaturalismo, como algo que se qualifica antes do Estado e da sociedade, e no humanismo, uma vez que a manifestação de vontade representa a “emanação do querer humano como expressão última do autogoverno”, o que advém de uma aliança

---

<sup>233</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das obrigações**: negócios jurídicos unilaterais, títulos ao portador. Atual. por Alcides Tomasetti Jr. e Rafael Domingos Faiardo Vanzella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 22.

<sup>234</sup> Id.

<sup>235</sup> FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. de Roberto Cabral de Mello Machado e Eduardo Jardim Moraes. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2005, p. 8-10. Essa percepção de que a subjetividade não é algo acabado ou dado definitivamente, porque é produzida pelas práticas sociais será relevante para a análise da autodeterminação sexual, no capítulo 4.

teológica que, posteriormente, permitiu “inteligir que a vontade livre conferiria um caráter individual aos seres humanos”<sup>236</sup>.

A manifestação de vontade individual tem como pressuposto um espaço de liberdade negativa, assegurado pelas ideias contratualistas que legitimam o poder do Estado na garantia de direitos e liberdades. Ao menos teoricamente, esses direitos e liberdades possibilitariam uma ampla atuação individual, que apenas deveria ser restrita nos limites estritamente necessários à convivência pacífica dos indivíduos<sup>237</sup>.

A expressão autonomia da vontade, especificamente, remete a uma perspectiva voluntarista<sup>238</sup>, subjetiva e individualista que ganhou destaque nos séculos XVIII e XIX, período em que a autonomia era compreendida como princípio jurídico, fonte de relações jurídicas, essência do contrato e, ao mesmo tempo, um direito natural do homem<sup>239</sup>.

Nesse período, a vontade era a origem do negócio e a fonte de sua juridicidade<sup>240</sup>. Por ser identificada como dimensão negativa da liberdade, a autonomia da vontade figurava como um delimitador externo da soberania individual e, ao mesmo tempo, era qualificada como “aptidão abstrata para entrar em qualquer relação jurídica”<sup>241</sup>, o que permite defini-la como formal, abstrata e pretensamente universal. Pretensamente universal, porque, em um período histórico que se caracterizava pela ascensão do modo de produção capitalista e das correntes liberais clássicas, essa autonomia da vontade era assegurada apenas àqueles qualificados como sujeitos de direito<sup>242</sup> dotados de capacidade

<sup>236</sup> RODRIGUES JR. Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004, p. 114-115

<sup>237</sup> HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 56.

<sup>238</sup> Justamente em razão desta perspectiva, a literatura jurídica brasileira tem preferido evitar o uso da expressão autonomia da vontade, preferindo utilizar a expressão autonomia privada.

<sup>239</sup> RODRIGUES JR. Otavio Luiz. Op. cit., p. 117-118.

<sup>240</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio. **Tratado de direito civil**. 4. ed. v. 2. Coimbra: Almedina, 2018, p. 48.

<sup>241</sup> SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. **O problema do contrato**: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, nota 28, p. 28.

<sup>242</sup> Um sujeito de direito que, à época, assumia contornos bastante específicos. “Conquanto vazada em linguagem universal, a autonomia da vontade espelhava os interesses de um sujeito bastante concreto: o homem branco, burguês e proprietário”. SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: Conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 142.

jurídica e recaía somente sobre a propriedade e o trânsito jurídico, ou seja, uma esfera eminentemente patrimonial que poderia ser objeto de negócios jurídicos e, sobretudo, de contrato<sup>243</sup>.

Ao sujeito de direito, era assegurado um espaço de liberdade negativa juridicamente demarcado para o exercício do seu direito de propriedade, em que a intervenção estatal não era admitida. Por consequência, operou-se uma cisão entre a esfera pública e a esfera privada (a já mencionada distinção entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos, de Benjamin Constant), definindo-se a privacidade como “um campo específico de realização da vontade, o espaço das relações intersubjetivas de cunho não-público”<sup>244</sup>.

A ideologia do sujeito racional e sua universalidade, presente nas correntes do liberalismo clássico, permite assentar as bases para um direito eminentemente patrimonialista, voltado a garantir a segurança jurídica para as trocas econômicas. Segundo Ana Prata, a extensão da personalidade jurídica a todos os homens pressupõe que se reconheça que todos são titulares de ao menos um direito de propriedade: “o direito sobre si mesmo[s]” e, consequentemente, sobre sua própria força de trabalho<sup>245</sup>. Essa associação inevitavelmente remete ao pensamento de John Locke e seu individualismo proprietário, com nítida vinculação entre liberdade e propriedade, bem como a já retratada cisão entre razão e corporalidade, uma vez que “O corpo não é relevante nessa perspectiva jurídica, pois naquele momento era tido como base material e meio de expressão da racionalidade do sujeito de direito”<sup>246</sup>.

Traçadas as bases ideológicas que sustentaram a autonomia da vontade e embora a dimensão negativa da liberdade fosse predominante no plano discursivo, é preciso considerar que o termo já apresentava dois sentidos distintos. O primeiro deles se relaciona à gênese do negócio jurídico (autonomia como ato de vontade que lhe dá origem), que se perfaz no espaço de não

<sup>243</sup> PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. 2017. Reimpressão. Lisboa: Livraria Almedina, 1982, p. 9-10.

<sup>244</sup> RODRIGUES JR. Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004, p. 117.

<sup>245</sup> PRATA, Ana. Op. cit., p. 11, nota 3.

<sup>246</sup> CORRÊA, Adriana Espíndola; GEDIEL, José Antônio Peres. Crítica ao iluminismo em Foucault e a captura da autonomia pela biopolítica. In: CHARUR, Alan Ibn; RAMIRO, Caio Henrique Lopes. (Org.). **Labirinto da filosofia no direito: ensaios em homenagem a Oswaldo Giacoia Junior**. 1ed. São Paulo: LiberArs, 2018, p. 160.

coerção e, por assim dizer, é viabilizado pela dimensão negativa de liberdade<sup>247</sup>. O outro relaciona-se ao seu preceito (autonomia como “norma jurídica concreta” ou autorregramento da vontade)<sup>248</sup>, e, portanto, corresponde a uma dimensão positiva de liberdade, evidenciada pela própria etimologia do termo *autonomia*. Esse preceito necessariamente precisa ser incorporado pelo direito positivo, ou seja, deve se enquadrar em seus suportes fáticos, para que possa produzir efeitos e, assim, ensejar a tutela coativa estatal<sup>249</sup>. Segundo Antônio Junqueira de Azevedo:

As próprias expressões autonomia da vontade e auto-regramento da vontade, apesar de aparentemente sinônimas, dão o sentido de ambas as concepções: a primeira, ligada ao momento inicial, à liberdade (“autonomia”) para praticar o ato, e a segunda ao momento final, aos efeitos (“regras”) que do ato resultam<sup>250</sup>.

Em suma, se o exercício da autonomia da vontade é juridicamente possibilitado mediante o enaltecimento de uma dimensão negativa da liberdade (espaço de não coerção), a tutela da normatividade resultante do exercício dessa

<sup>247</sup> Daniele Chaves Teixeira e Daniel Bucar associam essa perspectiva negativa da liberdade à teoria dos limites externos do direito subjetivo, a qual concebe que “o direito subjetivo é tutelado pelo ordenamento jurídico, na medida em que não transborda os limites de atuação que a lei lhe impôs. Assim, dentro daquele limite, a autonomia da vontade é soberana, encastelada e apenas é condicionada ao puro interesse egoísta do indivíduo, sem qualquer influência externa”. BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Autonomia e Solidariedade*. In: ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: 2016, p. 99

<sup>248</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1. Essa duplicidade de sentido já estava presente quando se enaltecia a perspectiva subjetiva, negativa e voluntarista da autonomia da vontade, o que gerava certa perplexidade na própria justificação do conceito. Segundo Otávio Luiz Rodrigues Jr. há o paradoxo de que, na concepção da autonomia da vontade, a “vontade individual estaria sendo autorizada pelo ordenamento jurídico”, o que se infere de algumas definições apresentadas à época, de que o contrato legalmente firmado faz lei entre as partes ou de que a autonomia da vontade é um poder reconhecido às partes para regular, por meio de sua vontade, suas próprias relações jurídicas. RODRIGUES JR. Otavio Luiz. *Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004, p. 119.

<sup>249</sup> PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. 2017. Reimpressão. Lisboa: Livraria Almedina, 1982, p. 20.

<sup>250</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Op. cit.*, p. 1-2.

autonomia apresenta-se como a apreensão jurídica de uma dimensão positiva da liberdade<sup>251</sup>.

Torna-se necessário, portanto, analisar como essa liberdade positiva é apreendida no conceito de autonomia. Segundo Antônio Menezes Cordeiro, há “duas grandes ordens de justificação para a autonomia privada”: a primeira delas corresponde aos fundamentos éticos e político-sociais, que concebem a autonomia como inata à condição humana e sua dignidade, e a segunda corresponde aos fundamentos econômico-sociais, que buscam o máximo de eficiência econômica e equilíbrio social<sup>252</sup>.

A partir da pesquisa teórica anteriormente desenvolvida, é possível identificar que a autonomia da vontade é um atributo do sujeito de direito, capaz de autorregulamentar seus próprios interesses segundo a sua vontade. Note-se que não há vinculação a uma moral universal: ainda que a concepção abstrata da autonomia como algo inato à condição e à dignidade da pessoa humana possa ter alguma relação com o pensamento de Kant<sup>253</sup>, a imposição de um valor universal a ser observado pelos indivíduos não se ajusta à compreensão vigente à época, de que essa autonomia poderia ser exercida de forma praticamente irrestrita e incondicionada, “exigindo-se apenas o consentimento isento de vícios”<sup>254</sup>.

Segundo Joaquim de Sousa Ribeiro, a concepção liberal do homem como senhor de seu destino, sujeito de liberdade e titular de direitos individuais, aproxima-se do pensamento kantiano e da dimensão positiva de liberdade<sup>255</sup>. Todavia, o autor explana que a base ética kantiana não se enquadrava com a finalidade do tráfego jurídico-econômico, em que se pressupõe que “cada um é livre de avaliar e perseguir os seus interesses, para vantagem própria, pois daí

---

<sup>251</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 110-111.

<sup>252</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio. **Tratado de direito civil**. 4. ed. v. 2. Coimbra: Almedina, 2018, p. 41.

<sup>253</sup> Nesse sentido, aponta-se para a influência da filosofia kantiana para a *Willenstheorie* alemã, que influenciou o Código Civil brasileiro de 1916. PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Op. cit., p. 117.

<sup>254</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Ed. rev., atual. e aum., de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 241.

<sup>255</sup> SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. **O problema do contrato**: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 24.

resulta a soma de satisfações que corporiza o acréscimo de bem-estar social”<sup>256</sup>. Assim, segundo Sousa Ribeiro, embora essas duas concepções – a advinda do racionalismo transcendental de Kant e aquela advinda do utilitarismo empírico – tenham convergido, para formar “um poderoso bloco ideológico da prática liberal”, houve um enfraquecimento do elo entre direito e ética, “sem que, no entanto, correlativamente se abandone uma fundamentação idealista da liberdade pessoal”<sup>257</sup>. Para o autor, houve um deslocamento da base ideológica da autonomia privada de um plano ético-metafísico para outro empírico:

E aqui, quando se fala de liberdade, quer-se referir as possibilidades empíricas de atuar desta ou daquela maneira, nos limites da lei, não a autodeterminação da vontade pela representação do dever moral. A autonomia ética, sempre invocada, perde o seu preciso significado kantiano para se identificar com o poder da vontade do sujeito jurídico, titular de uma esfera de direitos que livremente exercita para realização dos seus fins”<sup>258</sup>.

A desvinculação entre a autonomia e sua base ética também é reconhecida por Otávio Luiz Rodrigues Jr., ao apontar que houve um esquecimento do “substrato humanista” quando se passou a identificar a autonomia como um mero produto da vontade<sup>259</sup>. De fato, em um sistema econômico que se orienta por uma perspectiva utilitarista e em que a autonomia se pauta na liberdade contratual, direcionada ao autorregramento dos interesses patrimoniais particulares e contingentes, não é de se surpreender a baixa adesão à moral universal kantiana para fundamentar a autonomia privada, em sua perspectiva jurídica. Nesse aspecto, para Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

A autonomia da vontade kantiana, precisamente por se definir como vontade que se determina a si mesma conforme o imperativo categórico, não seria compatível com a concepção essencialmente finalística pertinente à atividade econômica, pois se refere a fins

---

<sup>256</sup> SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. **O problema do contrato**: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 25.

<sup>257</sup> Ibid., p. 25, (nota 28).

<sup>258</sup> Ibid. p. 2 (nota 28).

<sup>259</sup> “Percebe-se que a autonomia, qualificada apenas como um produto da vontade, revelou-se uma derivação reducionista do individualismo, esquecendo o substrato humanista que lhe deveria permear e, de modo inequívoco, abrindo o flanco para as críticas mais severas por sua posição tributária aos desígnios da lei”, RODRIGUES JR. Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004, p. 20.



concretos, objetivos, pertinentes a objetos do mundo exterior e ao interesse pessoal de quem os persegue (e não à ética universal do imperativo categórico)<sup>260</sup>.

Com isso, o conceito jurídico de autonomia se afasta do “modo de ser da personalidade moral”, e se fixa “num conjunto de faculdades detidas pelo indivíduo e por este instrumentalizáveis, na ‘ordem das causas eficientes’, para a satisfação das suas necessidades”<sup>261</sup>. A influência do kantismo acaba por se circunscrever à teoria da vontade e à concepção de “vontade do indivíduo moral e livre”, competindo ao ordenamento jurídico zelar para a preservação desse espaço de liberdade, sem que se imponha qualquer direcionamento à vontade individual<sup>262</sup>.

Assim, há uma aproximação da autonomia da vontade com a liberdade positiva concebida por Stuart Mill: o indivíduo racional é livre para manifestar a sua vontade (no que se refere aos interesses patrimoniais) e agir de forma a maximizar a sua felicidade e bem-estar, sob a limitação de não causar dano a terceiro (ou não violar a liberdade de outrem).

Saliente-se que, nesse período histórico, não há maior preocupação com a dimensão substancial da liberdade e da igualdade no exercício da autonomia da vontade: ambas são pressupostas formalmente, a partir da ficção de que todos os seres humanos são livres e iguais por natureza.

O caráter preceptivo da autonomia privada – ou seja, a dimensão positiva de liberdade – ganhou maior destaque a partir do séc. XX. Em um período histórico marcado pela Grande Depressão, regimes totalitários, ampla intervenção na economia e, sobretudo, pela descrença dos ideais do liberalismo clássico<sup>263</sup>, a concepção voluntarista e subjetiva da autonomia da vontade (como

<sup>260</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 116.

<sup>261</sup> SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. **O problema do contrato**: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 26 (nota 28).

<sup>262</sup> Antonio Menezes Cordeiro aponta, nesse sentido, que a autonomia privada “exprime a liberdade de constituir e de conformar situações jurídico-privadas, de acordo com a livre vontade do sujeito, sem necessidade de fundamentar ou de explicar as suas opções” MENEZES CORDEIRO, Antonio. **Introdução à Edição Portuguesa de Claus-Wilhelm Canaris, Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 39.

<sup>263</sup> Segundo Daniele C. Teixeira e Daniel Bucar, “Entre alguns fatos históricos que refletiram na transformação da autonomia estão: o espírito das Revoluções Burguesas e a neutralidade

gênese) perdeu espaço para a dimensão objetiva do autorregramento da vontade (como preceito)<sup>264</sup>.

Em um contexto histórico-social em que a coletividade e o interesse público ganharam proeminência, inclusive com a atribuição de funções sociais aos institutos jurídicos, o uso da expressão *autonomia privada* passou a referenciar, predominantemente, a liberdade de constituir, modificar e extinguir relações jurídicas e produzir efeitos nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, o que permitiu caracterizá-la como um poder jurídico<sup>265</sup>. Nas palavras de Menezes Cordeiro, “a teoria da vontade evoluiu, emancipando-se, progressivamente, da ligação genética e funcional à vontade subjetiva humana”<sup>266</sup>.

Como teórico desse período, Luigi Ferri critica a concepção de que a autonomia corresponde a um fenômeno social externo ao direito e rejeita o enaltecimento da vontade psicológica dos sujeitos, como se ela pudesse, por si, produzir efeitos jurídicos. Para Ferri, não é possível conceber a autonomia privada ou o negócio jurídico, como sua expressão, sem o direito, pois são ambos derivados das normas jurídicas. A liberdade natural ou moral é um pressuposto do fenômeno jurídico e a autonomia privada não corresponde ao mero agir. Nessa perspectiva, a liberdade é manifestação de poder, o poder de criar, dentro dos limites postos pela lei, a própria norma jurídica<sup>267</sup>.

---

das codificações civis; o efeito abusivo decorrente da Revolução Industrial na sociedade; e o início de um esboço de preocupação com a pessoa, o que transformou o paradigma da autonomia da vontade a partir dos textos constitucionais da segunda metade do século XX”. BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia e Solidariedade In: ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: 2016, p. 97-112, p. 97.

<sup>264</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018, p.84.

<sup>265</sup> RODRIGUES JR. Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004, p. 121.

<sup>266</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio. **Tratado de direito civil**. 4. ed. v. 2. Coimbra: Almedina, 2018, p. 49.

<sup>267</sup> Cf. FERRI, Luigi. Nozione giuridica di autonomia privata. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, Giufrè, Anno XI, p. 129-200, 1957. Registre-se que a autonomia privada se submete a limites formais e substanciais estabelecidos pelo Estado e, por isso, não corresponderia a uma liberdade originária, mas uma atividade normativa que retira sua validade da norma legal, em uma visão kelseniana. Para Ferri, não se poderia falar em autonomia privada ou negócio jurídico no âmbito familiar, justamente porque haveria interesses públicos prevalecentes aos interesses privados.

Essa concepção da autonomia privada como um poder normativo e do negócio jurídico como fonte de direito objetivo se aproxima claramente da dimensão positiva da liberdade e do reconhecimento de um poder individual de ação e de autorregulação da própria conduta, ainda que dentro do espaço de atuação permitido pelo Estado.

O pensamento de Ferri é ilustrativo da prevalência, no início do séc. XX, da noção objetivista de autonomia, como prerrogativa de criação de regras jurídicas no plano concreto, em uma dimensão positiva de liberdade que não é vinculada à base ética kantiana ou mesmo a um ideal de autorrealização individualista de Stuart Mill, mas sim em uma perspectiva estritamente jurídica e vinculada à legalidade. Em um panorama amplo, Otávio Luiz Rodrigues Júnior sintetiza como principais aspectos da concepção da autonomia privada vigente nesse período histórico:

(...) a) a supremacia do interesse público e da ordem pública sobre o interesse particular e a esfera privada; b) a colocação do negócio jurídico como espécie normativa, de caráter subalterno, mas com caráter normativo conferido pela lei aos indivíduos, que o exerceriam nos limites e em razão última dessa última e de seus valores; d) a autonomia privada tida como um poder outorgado pelo Estado aos indivíduos<sup>268</sup>.

A atribuição de normatividade à autonomia privada reforça a sua dimensão positiva, entretanto, esse poder de autoimposição das próprias leis apenas é possível porque o próprio ordenamento jurídico o autoriza, em seus estritos limites. Segundo Rodrigues Jr., dos “abusos do individualismo passa-se à opressão do estatalismo”, com forte intervencionismo legal e judicial do Estado e a predominância de um viés social<sup>269</sup>.

Como consequência desse câmbio de perspectiva da concepção jurídica da autonomia para uma visão mais objetivista, a doutrina buscou substituir a expressão “autonomia da vontade” por “autonomia privada”, em uma mudança em relação à visão voluntarista que compreendia a vontade como

<sup>268</sup> RODRIGUES JR. Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004, p. 121.

<sup>269</sup> Segundo o autor, essa visão normativista e objetiva influenciou a redação original do art. 421 do Código Civil Brasileiro, ao dispor que “A liberdade contratual será exercida nos limites e em razão da função social do contrato”, com a limitação da autonomia privada pela função social. *Ibid.*, p. 122.

origem dos efeitos jurídicos, para um tratamento objetivo da declaração exterior da vontade, apta a produzir efeitos jurídicos, de acordo com as previsões normativas<sup>270</sup>. Para Ana Prata, a concepção de negócio jurídico também sofreu alterações e deixou de ser vista como um produto da liberdade para ser compreendida em sua função, ou seja, como instrumento de realização de interesses sociais<sup>271</sup>.

Esse período histórico contribuiu para desconstituir a pressuposição da liberdade como um direito natural ou algo inato à condição humana, até porque a sua expressão jurídica, a autonomia, correspondia à declaração exterior de vontade como “elemento de previsão normativa”, em que é precisamente essa previsão normativa (e não a vontade declarada) a desencadeadora de efeitos jurídicos<sup>272</sup>. Com isso, houve um reforço da percepção de que “a autonomia pressupõe sociedade e implica o reconhecimento, por esta, do espaço autorregulativo do ser humano individualmente tomado”<sup>273</sup>.

Ainda que tenha havido um afastamento da teoria subjetiva da vontade, a referência da autonomia da vontade continua a ser um sujeito de direito, dotado de capacidade jurídica que declara a sua vontade, com a finalidade de produzir efeitos futuros. Da mesma maneira, considera-se que a autonomia privada abrange todas as dimensões relevantes da ação humana para o direito, que permanece essencialmente vinculado ao negócio jurídico e à patrimonialidade. A liberdade e a igualdade persistem como decorrências da asserção formal de que todos são livres e iguais perante a lei, sem maior preocupação com a efetividade ou com sua dimensão substancial.

A perspectiva coletivista e social dos institutos jurídicos perdeu força após o advento da Segunda Guerra Mundial e a retomada de fôlego das aspirações do liberalismo político<sup>274</sup>, no entanto, a visão objetiva da autonomia

<sup>270</sup> Sobre a decadência do voluntarismo jurídico, cf.: GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 9-26.

<sup>271</sup> PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. 2017. Reimpressão. Lisboa: Livraria Almedina, 1982, p. 23-24.

<sup>272</sup> MENEZES CORDEIRO. **Tratado de direito civil**. 4. ed. v. 2. Coimbra: Almedina, 2018, p. 52.

<sup>273</sup> Ibid., p. 40.

<sup>274</sup> “Foram necessárias duas grandes guerras mundiais, e suas barbáries que evidenciavam a vulnerabilidade da condição humana, para que surgisse a necessidade de uma nova ordem de valores”, o que implicou em novos textos constitucionais fundados em uma visão humanista e solidária do direito. BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia e

privada como um poder normativo não evanesceu e ainda é privilegiada na literatura jurídica, assim como a própria noção de função social prossegue, ainda que com contornos menos densos<sup>275</sup>.

Atualmente, a autonomia privada permanece vinculada à ideia de sujeito de direito e de negócio jurídico e pode ser conceituada nos termos propostos por Ana Prata, ainda que a autora limite o uso da expressão a interesses com conteúdo econômico:

A autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se, pois, no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar sua atividade (designadamente, sua actividade económica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos<sup>276</sup>.

A concepção de Ana Prata se assemelha à de Luigi Ferri ao associar a autonomia privada a uma dimensão positiva da liberdade, ou seja, a um poder de autorregulamentação dos próprios interesses, atribuído pelo ordenamento jurídico, ainda que a autora não o identifique como uma fonte de direito objetivo e o limite aos interesses de caráter econômico.

Nesse ponto, também merece referência a concepção de Pontes de Miranda, para quem a autonomia privada – também denominada autorregramento da vontade – representa um “poder fático de escolha” que tem como principal instrumento o negócio jurídico, cujo “suporte fático” corresponde à declaração exterior da vontade humana, capaz de criar, extinguir ou modificar

---

Solidariedade In: ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: 2016, p. 103.

<sup>275</sup> Ana Prata aponta que essa concepção não afasta o negócio jurídico de sua perspectiva funcionalizadora, mas esta acaba sendo englobada pelo funcionamento econômico e social da própria negociação e da crença de que a utilização dessa liberdade é suficiente para alcançá-lo. Segundo a autora, há um paradoxo na vinculação do negócio jurídico a uma função, já que a noção clássica não corresponde a função social que hoje se concebe. PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. 2017. Reimpressão. Lisboa: Livraria Almedina, 1982, p. 14.

<sup>276</sup> Ibid., 1982, p. 13.

relações jurídicas patrimoniais<sup>277</sup>, observados os limites estabelecidos pelo *ius cogens*<sup>278</sup>.

Assim, ainda que possa ser considerada uma manifestação da liberdade positiva, a autonomia privada depende da previsão legal do suporte fático e do enquadramento da vontade declarada neste suporte fático, para que possa produzir efeitos jurídicos, o que permite defini-la como um poder jurídico. Nesse sentido, Orlando Gomes menciona que para “a aquisição, transferência, modificação ou extinção de um direito, não basta a manifestação da vontade do sujeito de direito. É preciso ainda que seja intencional e conforme à lei”, o que justifica a definição da autonomia privada como “o poder atribuído ao particular de partejar, por sua vontade, relações jurídicas concretas, admitidas e reguladas, ‘in abstrato’, na lei”<sup>279</sup>.

Otávio Luiz Rodrigues Jr. propõe, em contraposição a essa perspectiva normativista da vontade, uma “autonomia privada da vontade”, que busca recuperar seu caráter pré-jurídico, como poder de fato, sem recair no voluntarismo<sup>280</sup>. No entanto, dadas as características ideológicas e semânticas historicamente atribuídas à autonomia privada, é preciso reconhecer que esse poder fático continua a ser necessariamente filtrado por um direito de natureza estatal que apenas tutela com seu aparato coercitivo a vontade que se manifesta segundo os suportes fáticos e exigências formais legalmente previstas, ou seja, que apenas permite ao sujeito operar no plano do direito positivo dentro de limites por este estabelecidos.

Como aponta Antonio Menezes Cordeiro, a “autonomia privada traduz uma permissão genérica de atuação jurígena” que não reconduz “a uma liberdade abstrata: antes toma corpo numa autoconformação jurídica, através de

---

<sup>277</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral. Tomo III. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001, p. 19.

<sup>278</sup> Pontes de Miranda ainda esclarece que o direito positivo impede que a normatividade fique em branco, o que, todavia, não se confunde com uma autorização do direito para que as partes manifestem a sua vontade. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. Atualização de Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 124.

<sup>279</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Ed. rev., atual. e aum., de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 239.

<sup>280</sup> RODRIGUES JR. Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004, p. 123-124.

atos de validade”<sup>281</sup>. Não por outro motivo, o autor aponta que o negócio jurídico é uma abstração que buscou compreender “todas as manifestações relevantes da autonomia privada”<sup>282</sup>.

Diante dessa definição nuclear da autonomia privada como poder jurídico, que se exerce em um espaço de liberdade negativa, depende de um suporte fático legalmente previsto e parte de um sujeito de direito, que deve ser dotado de capacidade e atentar para os requisitos formais de validade do negócio jurídico – características que, a rigor, já estavam presentes mesmo na concepção voluntarista da autonomia da vontade –, torna-se muito difícil estender a sua aplicação para além da esfera negocial ou apreendê-la como um poder de fato. Igualmente difícil, dados os elementos estruturantes a que está vinculada, expandi-la para outros setores da vida humana que escapam da patrimonialidade, ainda que estejam dentro do âmbito de liberdade a que se denomina vida privada.

Além disso, a discussão entre a conceituação da autonomia privada como poder jurídico ou como poder de fato não revela uma preocupação mais ampla com as condições materiais necessárias ao seu exercício, ou seja, com a dimensão substancial de liberdade, o que envolve aspectos que vão muito além da mera previsão formal de um espaço de liberdade negativa e de um poder normativo de autoregulação da própria conduta e dos próprios interesses pela via negocial.

Nesse subtópico, buscou-se discorrer sobre os contextos e os significados relacionados aos conceitos jurídicos de autonomia da vontade e autonomia privada, o que será imprescindível para a sua futura distinção em relação à autodeterminação existencial. A partir dessas premissas e, sobretudo, considerada a finalidade historicamente patrimonial da autonomia da vontade e da autonomia privada, já é possível constatar os desafios de sua aplicação sobre a esfera existencial, o que será objeto do próximo tópico.

---

<sup>281</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio. **Tratado de direito civil**. 4. ed. v. 2. Coimbra: Almedina, 2018, p. 40. Nesse sentido, também destaca o autor que “não existe, propriamente, uma autonomia intrínseca ao ser humano, individualmente tomado. A autonomia pressupõe sociedade e implica o reconhecimento, por esta, do espaço autorregulamentativo do sujeito” (Ibid., p. 20).

<sup>282</sup> Ibid., p. 52.

### 3.2.2 Desafios contemporâneos: a necessidade de (re)pensar a disciplina jurídica da personalidade, do regime de capacidades e da família

A pesquisa teórica até então realizada aponta que, no plano do Direito Civil, desde a teoria da vontade até as perspectivas mais contemporâneas, a liberdade é sempre (re)conduzida para o conceito de autonomia privada<sup>283</sup>, como poder jurídico de autorregulamentação dos próprios interesses, viabilizado por um espaço de liberdade negativa e manifestado por meio do negócio jurídico. Tanto a perspectiva subjetivista da autonomia da vontade – em que a vontade é tida como fonte dos efeitos jurídicos –, como a perspectiva objetivista de autonomia privada – em que o enquadramento da vontade declarada na fonte normativa gera os efeitos jurídicos –, são conceitos de elevada abstração e formalidade<sup>284</sup>, que não demandam a efetiva existência de condições materiais para seu exercício e, tampouco, consideram os condicionamentos presentes no plano social e cultural subjacente.

Nesse ponto, Ana Prata discorre que o conceito jurídico de autonomia privada implica em uma operação de abstração, que unifica em uma categoria única um conjunto de relações bastante diversas e, com isso, “escamoteia a dependência de seus conceitos dos condicionamentos econômicos e culturais historicamente referenciados”<sup>285</sup>. Além disso, a autora também aponta que os conceitos de autonomia e de negócio jurídico passaram a ser generalizados e aplicados em uma “série de atos de conteúdo extremamente heterogêneo”, a exemplo do próprio casamento<sup>286</sup>.

Crítica semelhante à homogeneidade de tratamento de situações absolutamente distintas é desenvolvida por Gabriel Schulman na análise do regime de incapacidades. Segundo Schulman, a “expressão ‘atos da vida civil’ operou, durante muito tempo, como verdadeiro buraco negro que atrai toda

---

<sup>283</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 28.

<sup>284</sup> Por formalidade, faz-se referência à vinculação da autonomia privada ao negócio jurídico, que se submete a diversos critérios formais de existência, validade e eficácia.

<sup>285</sup> PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. 2017. Reimpressão. Lisboa: Livraria Almedina, 1982, p. 13, nota 7.

<sup>286</sup> Ibid., p. 14.



matéria para o seu interior”, o que leva a um “demasiado elastecimento da locução” e implica na desconsideração de peculiaridades importantes em relação a “multiplicidade de projeções da liberdade”<sup>287</sup>. Note-se que os atos da vida civil referidos por Schulman correspondem aos atos negociais relacionados ao exercício da autonomia privada.

Assim, para além do descolamento do conceito abstrato e formal de autonomia privada dos condicionamentos econômicos e culturais em que foi desenvolvido, evidencia-se a dificuldade de sua aplicação a outros aspectos diferentes do trânsito jurídico patrimonial, sobretudo aqueles de natureza extrapatrimonial, que não se coadunam com as estruturas formais e de sentido da autonomia privada e não poderiam se submeter a um tratamento homogêneo<sup>288</sup>. Afinal, o caráter eminentemente patrimonial que acompanha a travessia histórica da autonomia privada evidencia uma liberdade no plano econômico que não alcança o domínio existencial, familiar e pessoal, mas convive justamente com o autoritarismo sobre essas esferas<sup>289</sup>.

É preciso considerar, nesse sentido, que as mesmas Revoluções liberais que alocaram a liberdade como princípio legitimador do poder político e regulador das relações jurídicas privadas implicaram na construção simbólica de um discurso normalizador do sistema capitalista e dos papéis a ser nele desempenhados pelos indivíduos<sup>290</sup>. Se, por um lado, incumbia ao Direito limitar o poder do Estado e garantir aos governados um conjunto de direitos e garantias fundamentais, por outro, ele também funcionava como instrumento de

---

<sup>287</sup> SCHULMAN, Gabriel, **Internação forçada, saúde mental e drogas**: é possível internar contra a vontade? Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 99.

<sup>288</sup> Ibid. p. 100.

<sup>289</sup> Nesse sentido, Joaquim de Sousa Ribeiro: “No domínio da esfera pessoal (admissibilidade de condutas sexuais, comportamentos e formas de vida de expressão minoritária, em desvio aos padrões e à moral comuns, implicando um alargamento do espaço garantido de liberdade individual) e da esfera familiar (reconhecimento de iguais poderes decisórios da mulher, respeito pela individualidade própria dos filhos menores, laços conjugais, etc.), a autodeterminação só nos nossos dias se vem afirmando, contra enormes resistências, como um valor, constituindo ainda, em muitos ordenamentos um ideal a cumprir. Como princípio constitutivo do político, ela só tardiamente alcança uma (frequentemente ameaçada) consagração, sob a roupagem do princípio democrático”. SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. **O problema do contrato**: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 23 (nota 27).

<sup>290</sup> CORRÊA, Adriana Espíndola; GEDIEL, José Antônio Peres. Crítica ao iluminismo em Foucault e a captura da autonomia pela biopolítica. In: CHARUR, Alan Ibn; RAMIRO, Caio Henrique Lopes. (Org.). **Labirinto da filosofia no direito**: ensaios em homenagem a Oswaldo Giacoia Junior. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2018, p. 158-162.

legitimação, conservação e universalização dos interesses da burguesia ascendente, o que foi possibilitado, inclusive, pela invocação de um sujeito de direito neutro, abstrato e universal e da enunciação formal de que todos são naturalmente livres e iguais perante a lei.

Ao se partir de um conceito formal de autonomia privada que se atribui a um sujeito de direito neutro, abstrato e capaz e que versa apenas sobre direitos patrimoniais disponíveis, já se torna evidente a zona de abjeção subjetiva e objetiva criada pela própria estrutura semântica do instituto jurídico. Pressupõe-se a existência de um sujeito racional e dotado de plena capacidade cognitiva – que não considera a condição humana em sua complexidade – e uma liberdade limitada ao aspecto patrimonial, que não abrange a esfera existencial da vida humana.

Como visto, os conceitos abstratos de sujeito de direito e de personalidade jurídica fazem com que o ser humano concreto seja distanciado de suas características, corporalidade e atributos pessoais, os quais passam a se aproximar de uma esfera objetiva que é suscetível de apropriação<sup>291</sup>, o que gera perplexidades no exame de questões relacionadas à capacidade jurídica, ao corpo e aos direitos da personalidade<sup>292</sup>. Não por outro motivo, embora seja elogiada a iniciativa do legislador de incluir os direitos da personalidade no Código Civil, a regulação do tema é criticada porque incorre em “equívocos sérios” e em um tratamento “excessivamente rígido e puramente estrutural”, que desconsidera a natureza desses direitos<sup>293</sup>.

Em relação ao regime de incapacidades, notadamente aquele que vigorou no direito brasileiro antes da reforma promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015)<sup>294</sup>, notam-se fortes influências do

---

<sup>291</sup> SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. **O problema do contrato**: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 26 (nota 28).

<sup>292</sup> De fato, os próprios direitos da personalidade foram objeto de discussões teóricas em torno de seu conceito, natureza, conteúdo e extensão, como fruto da dificuldade de se enquadrá-los em uma conformação formal de relação jurídica, em que há personalidade, sujeito e objeto. GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Ed. rev., atual. e aum., de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 136.

<sup>293</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 12.

<sup>294</sup> Por força dos impactos que já haviam sido trazidos ao ordenamento jurídico pela incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em 2008 (Decreto 6.949/2009).

jusracionalismo iluminista, segundo o qual o homem possui o domínio completo de seu corpo, sentimentos, emoções e atos, pela razão. Quem é dotado de capacidade é quem “racionalmente decide, ou seja, quem atua conforme um conjunto de valores socialmente considerados como adequados”<sup>295</sup>. Exclui-se do âmbito de validade qualquer manifestação que não se ajuste à racionalidade do sujeito de direito dotado de plena capacidade e, com isso, opta-se por um modelo jurídico de privação e substituição da vontade daqueles reconhecidos como incapazes, em uma “lógica de proteção autoritária” excludente e supressora<sup>296</sup> que retira do indivíduo o “livre consentimento, na medida em que o condiciona à assistência ou à representação para a prática de atos da vida civil”<sup>297</sup>, impedindo o exercício, em nome próprio, da autonomia privada. Essa rigidez do regime de incapacidades resultou em uma dupla insuficiência: a indistinção no tratamento jurídico da incapacidade quanto às situações patrimoniais e às situações existenciais – notadamente aquelas referentes à constituição de família e ao exercício e manifestação da própria sexualidade –; e, ainda, a indiferença em relação aos graus de discernimento, para fins de modulação dos efeitos da curatela ou adoção de outras medidas menos extremas. Nas palavras de Gabriel Schulman, a estruturação do regime de incapacidades “com base na fictícia imagem do homem racional não comporta a complexidade dos atos existenciais”<sup>298</sup>.

Especificamente no âmbito familiar e sexual, institucionalizou-se a denominada “família nuclear”<sup>299</sup> burguesa, composta por pai, mãe e respectivos filhos, com uma rígida distinção dos papéis desempenhados pelo homem e pela

---

<sup>295</sup> SCHULMAN, Gabriel **Internação forçada, saúde mental e drogas: é possível internar contra a vontade?** Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 109.

<sup>296</sup> ALMEIDA, Vitor. Autonomia da pessoa com deficiência e tomada de decisão apoiada: alcance, efeitos e fins. In.: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 437.

<sup>297</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 41.

<sup>298</sup> SCHULMAN, Gabriel. Op. cit., p. 109.

<sup>299</sup> Expressão que até hoje produz efeitos sobre o que se compreende como “família natural”. Nos termos do art. 25, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.009/1990): “Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”.

mulher. Nesse âmbito do denominado “privatismo doméstico”<sup>300</sup> e da contratualização do casamento, a autonomia privada estava circunscrita à escolha do regime de bens: a escolha do cônjuge, quando pautada no afeto, dependia da conjugação de interesses patrimoniais; não havia outra entidade familiar legítima além do casamento (sempre heterossexual e monogâmico); o vínculo conjugal era indissolúvel, a mulher casada era considerada relativamente incapaz; o homem era considerado o chefe da sociedade conjugal e concedia autorização até para que a mulher exercesse uma profissão<sup>301</sup>.

A família matrimonializada, articulada em torno da filiação legítima, era a fonte de patrimônio e de capital simbólico e o lugar de função reprodutiva: o concubinato, a filiação ilegítima, a perda da virgindade antes do casamento e a infidelidade feminina sujeitavam as mulheres e os filhos “bastardos” à violência, a abandonos e à reprovação social<sup>302</sup>; já a homossexualidade era concebida como um comportamento antinatural, uma patologia a ser tratada, curada, evitada e reprimida, com a criminalização da sodomia ou das manifestações públicas homoafetivas<sup>303</sup>.

Essas percepções contribuíram para o reforço de modelos de vida hegemônicos e para uma aversão à diferença. Ainda que não houvesse ilicitude, os comportamentos e vivências dissonantes eram e ainda são marginalizados, porque permanecem fora da norma, ou seja, em uma zona de invisibilidade jurídica e de preconceito social. Nesse espaço de invisibilidade e preconceito, situam-se, por exemplo, os homossexuais, transgêneros, intersexuais e as

---

<sup>300</sup> GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.14-23. Em síntese, esse privatismo doméstico reúne uma série de normas de caráter moral que estabelecem um despotismo patriarcal, para assegurar a posição privilegiada do homem como chefe da sociedade conjugal e a indissolubilidade do casamento, para evitar a “poligamia sucessiva”, que seria possibilitada pelo divórcio, bem como garantir a estabilidade do núcleo familiar e normas rigorosas relativas ao regime matrimonial e às disposições testamentárias (Ibid., p. 16).

<sup>301</sup> Nesse ponto, no contexto brasileiro, consigna-se que, antes do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962), as mulheres eram consideradas relativamente incapazes durante a constância da sociedade conjugal (art. 6º, inciso II, do Código Civil de 1916 – Lei 3.071/1916) e o marido era o “chefe da sociedade conjugal”, sem qualquer previsão da colaboração da mulher no desempenho de tal função (art. 233 do Código Civil de 1916).

<sup>302</sup> PERROT, Michelle. Dramas e conflitos familiares. In: PERROT, Michelle (Org.). **História da vida privada 4: Da Revolução Francesa à Primeira Guerra Mundial**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 267-272.

<sup>303</sup> CORBIN, Alain. Gritos e Cochichos. In: PERROT, Michelle (Org.). **História da vida privada 4: Da Revolução Francesa à Primeira Guerra Mundial**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 585-589.

entidades familiares não reconhecidas juridicamente como “família”<sup>304</sup>. Em todas essas situações, a liberdade não era (e muitas vezes ainda não é) assegurada nem mesmo no plano formal<sup>305</sup>.

Esses exemplos retratam a utilização do direito como mecanismo de consolidação de discursos e modelos hegemônicos de capacidade, família e sexualidade<sup>306</sup>, considerados como naturais<sup>307</sup>, com a exclusão, marginalização e estigmatização daqueles que não se enquadram nesses padrões, o que ainda produz profundas discriminações atualmente. Nota-se, assim, uma “tensão entre o discurso jurídico que supostamente assegura liberdade(s) e que, simultaneamente, privilegia algumas dessas liberdades em detrimento de outras, que são relegadas a um perfil puramente formal, situado na abstração da norma jurídica”<sup>308</sup>.

A abstração, neutralidade e universalidade na construção das formas jurídicas desconsidera ausência de igualdade substancial e de condições materiais para o exercício de liberdade, seja por aqueles considerados incapazes, seja por aqueles cujo comportamento ou forma de vida individual ou familiar não é tutelado juridicamente, ou mesmo por aqueles que não detêm as mesmas condições econômicas e sociais de exercê-la. Nesse sentido, menciona-se a população negra, que, embora seja atualmente livre e igual em termos formais, ainda se sujeita a desigualdades estruturais<sup>309</sup> e discriminações

<sup>304</sup> “Templo da sexualidade comum, a família nuclear erige normas e desqualifica as sexualidades periféricas. O leito conjugal é o altar das celebrações legítimas”. PERROT, Michelle. Funções da família. In: PERROT, Michelle (Org.). **História da vida privada 4: Da Revolução Francesa à Primeira Guerra Mundial**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 115.

<sup>305</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 132.

<sup>306</sup> Os modelos hegemônicos que estruturam a sexualidade são o sistema sexo-gênero e heteronormatividade. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. SANTOS, Andressa Regina Bissoloti. O direito à existência civil de pessoas intersexuais: um questionamento do estatuto jurídico do gênero. In.: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 125 et seq.

<sup>307</sup> BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEIDA, Vitor. (Des)igualdade de gênero: a mulher como sujeito de direito. In: TEPEDINO, TEIXEIRA, ALMEIDA. In: ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: 2016, p. 174.

<sup>308</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Op. cit., p. 131.

<sup>309</sup> SABA, Roberto. **Mas allá de la igualdad formal ante la ley**. Que les debe el Estado a los grupos desaventajados? Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 31.

interseccionais<sup>310</sup> que limitam ou mesmo impedem a existência de condições materiais para o exercício dos direitos fundamentais.

É preciso reconhecer que as construções jurídicas não produzem esses efeitos isoladamente, já que reforçam a marginalização e a normalização que já estão densamente presentes nas práticas sociais e em diversos outros discursos que transitam, de forma hegemônica, no imaginário coletivo<sup>311</sup>. No entanto, “A intolerância ganha dimensões de tragédia quando é incrementada pelos aparelhos do Estado”, pois “a leniência ou mesmo abstinência do Estado em relação à intolerância nas relações interprivadas permite o esfacelamento do projeto democrático”<sup>312</sup>.

Os argumentos que se expõem pretendem enfatizar que a construção da autonomia privada e do negócio jurídico, em sua historicidade, remete a uma apreciação normativa prévia, que define quais de suas manifestações são ou não passíveis de tutela, em razão de exigências formais e materiais que dão pouco espaço para o reconhecimento de distintas vivências no plano existencial, o que retrata o desafio de se construir uma autonomia privada dirigida a abranger a esfera extrapatrimonial.

A situação se torna ainda mais complexa diante da crescente valorização das situações jurídicas de caráter existencial<sup>313</sup> e a necessidade de sua tutela, como fruto do denominado processo de personalização do direito e da invocação da autonomia como um instrumento para o livre desenvolvimento da

---

<sup>310</sup> A interseccionalidade engloba uma sobreposição de discriminações, representadas, por exemplo, pelo racismo e misoginia enfrentados simultaneamente por mulheres negras, cf.: AKOTIRENE, Carla. **O que é a Interseccionalidade?** Belo Horizonte: Letramento; Justificando, 2018, p. 16.

<sup>311</sup> O discurso jurídico opera como um meio de produzir verdades e de normalizar comportamentos. A respeito do tema, cf.: FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Mello Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2005.

<sup>312</sup> SILVA, Marcos Alves da. A questão da homofobia: Fundamentalismo religioso e intolerância no Estado Democrático de Direito. In: ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: 2016, p. 151.

<sup>313</sup> Nesse sentido, há discussões em torno dos mais diversos temas, dentre os quais: direitos reprodutivos e sexuais, submissão a procedimentos e tratamentos médicos e diretivas antecipadas de vontade; admissibilidade do aborto e eutanásia; regulação jurídica da gestação por substituição; gestão e uso de dados pessoais; prática de atos de disposição do próprio corpo; uso de material genético; doação compartilhada de oócitos; uso de hormonioterapia por adolescentes transexuais; doação de órgãos por menores de idade; *homeschooling*; imposição obrigatória de vacinação; utilização de inteligência artificial, dentre muitas outras.

personalidade humana<sup>314</sup>. É nesse sentido que se aponta para a existência de “uma nova agenda crítica para o civilista contemporâneo, especialmente no que diz respeito ao regime das liberdades”<sup>315</sup>.

### 3.2.3 A autonomia existencial e a dignidade da pessoa humana

No subtópico anterior, buscou-se enfatizar que a construção histórica da autonomia privada remete a uma arquitetura conceitual conformada para a tutela de relações patrimoniais, de forma que um dos desafios do direito contemporâneo é estender o seu alcance para o âmbito extrapatrimonial.

A valorização da esfera existencial está relacionada com a elevação da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República e as transformações da hermenêutica, que possibilitaram um rompimento com o silogismo formal e abriram espaço para a maior permeabilidade do Direito às vivências concretas e ao reconhecimento de direitos fundamentais, para além dos textos normativos, conforme se explicitou no capítulo anterior.

Essa nova forma de compreender o direito impôs uma ressignificação dos conceitos e institutos tradicionais do Direito Civil no intuito de ajustá-los aos preceitos constitucionais em um processo de deslocamento do “ter” para o “ser”<sup>316</sup> e do “sujeito” para a “pessoa”<sup>317</sup>, em um movimento de personalização que provocou transformações importantes nos três pilares que sustentam o Direito Civil<sup>318</sup>, quais sejam, obrigações (contratos), titularidades (patrimônio) e família<sup>319</sup>.

Essas transformações, que denotam preocupação com a efetividade dos direitos, ou seja, com as condições materiais para o seu exercício, também

---

<sup>314</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.) **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

<sup>315</sup> VIVEIROS DE CASTRO, Thamís Dalsenter. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 14, p. 99-125, out./dez. 2017, p. 99.

<sup>316</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Op. cit., p. 91.

<sup>317</sup> Cf.: RODOTÀ, Stefano. **Dal soggetto alla persona**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

<sup>318</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 143.

<sup>319</sup> TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 371-372.

alcançaram as categorias estruturantes da Parte Geral do Código Civil, a exemplo do sujeito de direito, da capacidade jurídica e dos direitos da personalidade, o que leva a repensar próprio instituto jurídico da autonomia privada.

Em que pese não tenha havido profundas alterações na categoria formal e abstrata de sujeito de direito, nota-se que há maior preocupação doutrinária e jurisdicional com o ser humano concreto, notadamente quando estão em discussão questões existenciais. Segundo Marcos Alves da Silva:

(...) A vida concreta foi rompendo a crosta formal à medida que emergiam diferentes expressões de subjetividade, provocando rachaduras significativas na categoria abstrata do sujeito. Pessoas diversas reivindicaram sua própria subjetividade, pondo em xeque a unicidade e completude reconhecida de forma ideal tão somente no 'homem burguês, maior, alfabetizado, proprietário'<sup>320</sup>.

Em relação à capacidade jurídica, a Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência<sup>321</sup> estabeleceu, em âmbito constitucional<sup>322</sup>, direitos fundamentais que consideram aspectos vinculados à existência humana, a exemplo da capacidade de constituir família, de exercer os direitos sexuais e reprodutivos, de atuar no planejamento familiar e de conservar a fertilidade<sup>323</sup>. Note-se que, mesmo em relação àqueles qualificados como absoluta e relativamente incapazes em razão da idade<sup>324</sup>, aponta-se para a possibilidade de se considerar a sua vontade, de acordo com o seu grau de discernimento<sup>325</sup>. Nesse sentido, a literatura jurídica também discorre que:

<sup>320</sup> SILVA, Marcos Alves da. A questão da homofobia: Fundamentalismo religioso e intolerância no Estado Democrático de Direito. In: ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: 2016, p. 149.

<sup>321</sup> Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Legislativo 186, de 9 de julho de 2008 e promulgada por meio do Decreto 6.949/2009.

<sup>322</sup> Por se tratar de uma convenção de direitos humanos, a incorporação com observância ao quórum qualificado exigido para emendas constitucionais, previsto no § 3º do art. 5º da CRFB, faz com que as normas de direitos humanos previstas na Convenção possuam o *status* de direitos fundamentais constitucionais.

<sup>323</sup> Artigos 23 e 25 da Convenção. Posteriormente, essas normas foram replicadas no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), especificamente nos artigos 6º, 8º, 18 e 85, § 1º, do EPD.

<sup>324</sup> Artigos 3º e 4º, I, do Código Civil (Lei 10.406/2002).

<sup>325</sup> Nesse sentido, referencia-se o Enunciado nº 138 aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: "A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I



(...) considerar-se apenas o critério cronológico se revela uma atitude descompromissada com a criança e o adolescente e o livre desenvolvimento da personalidade destes. Por isso, o que se pretende defender é exatamente o contrário, ou seja, a viabilidade de se considerar o desejo de um menor de idade, como forma de respeitá-lo e de demonstrar-lhe o cuidado, desde que seja dotado de discernimento e responsabilidade para tomar certas decisões em sua vida que digam respeito ao próprio destino, ao âmbito da autodeterminação pessoal, corporal e psíquica<sup>326</sup>.

Em uma perspectiva inovadora, Gabriel Schulman questiona de modo ainda mais contundente o regime de incapacidades ao apontar para a necessidade de reconhecimento da “multiplicidade de projeções de aptidão para decidir (múltiplas ‘capacidades’)”, cujos requisitos variam a depender do tipo de ato a que se tome por referência (a exemplo de alimentar-se, dirigir, votar)<sup>327</sup>.

Mais especificamente em relação à autonomia privada, notam-se esforços da doutrina, sobretudo do Direito Constitucional e do Direito Civil-Constitucional, em estendê-la para a esfera extrapatrimonial, como um elemento integrante da dignidade da pessoa humana e merecedor de especial tutela pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso insere a dignidade da pessoa humana como um dos princípios jurídicos de influência kantiana e o subdivide em três elementos: valor intrínseco (elemento ontológico, consistente na condição ou natureza humana); autonomia (elemento ético) e; valor comunitário (elemento social e de caráter heterônomo, voltado a limitar a ação individual com base em valores comunitários)<sup>328</sup>. Ao se referir ao “elemento ético”, Barroso defende que a autonomia depende da razão (capacidade), independência (ausência de constrições ou influências externas indevidas) e escolha (existência de alternativas reais), e a divide em três aspectos: autonomia privada, autonomia

---

do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”.

<sup>326</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado *et. al.* O cuidado com o menor de idade na observância da sua vontade. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 354.

<sup>327</sup> SCHULMAN, Gabriel. **Internação forçada, saúde mental e drogas**: é possível internar contra a vontade? Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 247.

<sup>328</sup> BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 2012. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 81-86.

pública e mínimo existencial<sup>329</sup>. A autonomia privada, no entender do autor, corresponde às liberdades e direitos fundamentais e, portanto, à possibilidade de autogoverno livre de constrições externas, concebendo-a como uma liberdade negativa assemelhada à “liberdade dos modernos” de Constant<sup>330</sup>. Essa autonomia (elemento ético) é ainda condicionada pelo autor ao valor comunitário, consubstanciado pelos compromissos, valores e crenças compartilhados por um grupo social e por normas impostas pelo próprio Estado, “em nome de certa concepção de vida boa”<sup>331</sup>. Desse modo, Barroso insere dentro do conceito de dignidade tanto uma concepção de autonomia, como liberdade estritamente negativa, como uma heteronomia, que admite a imposição de certas “concepções de bem” compartilhadas no meio social.

Há aspectos que merecem problematização<sup>332</sup> nessa compreensão. O primeiro deles é o enaltecimento de uma dimensão estritamente negativa de liberdade (“liberdade dos modernos”), sem que haja menção à necessidade de se reconhecer a normatividade que decorre da liberdade (dimensão positiva) ou à necessidade de se garantir condições materiais que possibilitem o seu exercício (dimensão substancial), as quais vão além do mínimo existencial. O segundo ponto sensível é a limitação da liberdade positiva à autonomia privada, conceito que possui restrições, já que está historicamente relacionado à esfera patrimonial e à estrutura formal do negócio jurídico<sup>333</sup>, como visto. Em terceiro lugar, embora seja recorrente a referência ao pensamento kantiano no estudo da dignidade da pessoa humana e da autonomia, é preciso considerar que ele envolve uma racionalidade típica do liberalismo oitocentista que não se mostra adequada à proteção da esfera existencial humana, a exemplo da moral

---

<sup>329</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 2012. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 82.

<sup>330</sup> Ibid., p. 82-83.

<sup>331</sup> Ibid., p. 88.

<sup>332</sup> Esses aspectos problemáticos se refletem no posicionamento do autor em sua atuação como Ministro do STF, conforme se verá no capítulo 4.

<sup>333</sup> “A manifestação suprema da autonomia privada é o negócio jurídico, ao qual o direito atribui o nascimento, a modificação ou extinção de relações jurídicas entre particulares, enquanto tais efeitos estão dispostos em normas do ordenamento jurídico” BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **O direito e o tempo**: Embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 411.

universal e a visão jusracionalista que pressupõe um sujeito naturalmente livre, capaz e detentor do pleno domínio de seu corpo, sentimentos e emoções.

Se, antes, a base ética kantiana não se ajustava à autonomia privada de caráter negocial porque era incompatível com o utilitarismo das trocas econômicas, atualmente, ela se mostra incompatível porque não se ajusta ao pluralismo de valores exigido pela democracia em seu sentido substancial. É preciso considerar, ainda, que Kant não atribuía a todos os indivíduos o mesmo *status* jurídico, já que associava a personalidade jurídica à imputabilidade jurídica e justificava a desigualdade no tratamento em uma suposta desigualdade natural<sup>334</sup>.

A vinculação entre autonomia e responsabilidade e a invocação da dignidade humana como heteronomia, entretanto, não é incomum entre os autores que tratam a respeito do tema. Maria Celina Bodin de Moraes, também com base na filosofia kantiana, inclui a autonomia (por ela denominada “vontade livre de autodeterminação”) dentre os postulados que integram a dignidade da pessoa humana e considera que:

“O substrato da dignidade desse modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica da qual é titular; iii) é dotado de vontade livre de autodeterminação; iv) é parte do grupo social “em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado”<sup>335</sup>.

Ao versar sobre o terceiro postulado, que vincula ao “direito de liberdade”, Bodin de Moraes aponta que ele não diz respeito a um direito subjetivo correspondente ao poder atribuído à vontade individual, mas se sujeita a limitações decorrentes da “função dos institutos jurídicos” e à “ordem pública”, que “teve seu conteúdo redesenhado pelo projeto constitucional, com particular ênfase nas normas que tutelam a dignidade humana”<sup>336</sup>. Assim, para Bodin de

---

<sup>334</sup> Nesse ponto, faz-se remissão à crítica formulada por Roberto Esposito ao pensamento kantiano, merecendo destaque o seguinte trecho: “A relação de senhorio do marido sobre a mulher, dos progenitores sobre os filhos e do senhor sobre o servo não somente não é percebida por Kant como contraditória com o princípio da igualdade, mas é, ao contrário, dele derivada” (p. 156). Para uma crítica ao “dispositivo da pessoa” presente na teoria kantiana, cf.: ESPOSITO, Roberto. **Dois: A máquina da teologia política e o lugar do pensamento**. Trad. de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2019, p. 149-157.

<sup>335</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional do dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 85.

<sup>336</sup> *Ibid.*, p. 105.

Moraes, a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto que tem por componente o direito à liberdade, ao mesmo tempo em que engloba aspectos heterônomos vinculados à solidariedade e responsabilidade.

No entanto, é preciso cautela com a invocação do valor comunitário como limite à autonomia, com base na dignidade da pessoa humana, porque isso pode justificar a imposição de posições hegemônicas e majoritárias em relação a aspectos existenciais sensíveis, como os direitos reprodutivos e sexuais, nos exatos moldes da crítica realizada por Berlin à liberdade positiva kantiana, que, em seu entender, abriria espaço a posturas totalitárias. Nesse ponto, é necessário esclarecer que não se preconiza que a solidariedade e interesses públicos relevantes, a exemplo da saúde pública, não possam ser invocados como limite à atuação individual. O que se busca problematizar é o uso da dignidade da pessoa humana como recurso para a defesa de determinadas concepções de bem majoritárias, em questões específicas, como o exercício da própria sexualidade, ou, ainda, temas que envolvem desacordos morais razoáveis.

Daniel Sarmiento problematiza a utilização do referencial kantiano em relação à dignidade da pessoa humana, por entender que a abstração e a associação a uma ação moral se desvinculam do ser humano concreto, que age com base em desejos, inclinações, juízos morais e sentimentos<sup>337</sup>. Sarmiento também inclui a autonomia como um dos componentes básicos da dignidade da pessoa humana, juntamente com o valor intrínseco (natureza humana), a igualdade, o mínimo existencial e o reconhecimento (como igual respeito pela identidade pessoal), mas a desvincula da exigência de capacidade<sup>338</sup> e a aproxima de uma dimensão positiva de liberdade, que não se confunde com o moralismo racionalista e transcendental de Kant e, tampouco, com autonomia pública mencionada por Berlin e Constant<sup>339</sup>. Para o autor, essa autonomia

---

<sup>337</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: Conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 136.

<sup>338</sup> Para Sarmiento, “A dignidade humana (...) é atributo inerente a todas as pessoas, não pressupondo o gozo de capacidades e aptidões de qualquer natureza. Nada obstante, mesmo em relação a esses indivíduos vulneráveis, o princípio da autonomia não deixa de incidir, seja para impor que a vontade deles seja, na medida do possível, levada em consideração nos atos que lhes afetam, seja para demandar do Estado e da sociedade medidas políticas voltadas à promoção da sua autonomia”. Ibid. p. 139.

<sup>339</sup> Ibid., p. 153.

consiste na faculdade individual de fazer escolhas quanto à própria vida e está associada ao reconhecimento do ser humano como um “agente moral” a quem incumbe decidir o que é bom ou ruim para si, desde que não viole direitos alheios<sup>340</sup>. Com isso, há uma aproximação da autonomia definida pelo autor com a compreensão de liberdade como autorrealização de John Stuart Mill<sup>341</sup>, mas é incluída a preocupação com a garantia de condições materiais, bem como uma atuação efetiva do Estado em possibilitar o seu exercício efetivo, o que se aproxima de uma dimensão substancial de liberdade<sup>342</sup>. Por fim, Sarmiento afasta a heteronomia como elemento da dignidade da pessoa humana, por entender que os consensos e valores sociais hegemônicos, por si só, não são suficientes para autorizar a coerção estatal e podem se tornar “uma porta aberta para autoritarismos e moralismos desnecessários”<sup>343</sup>.

No presente estudo, partindo das críticas que já foram expostas na análise da liberdade e suas dimensões, consigna-se, desde logo, a adoção de um posicionamento mais próximo ao de Daniel Sarmiento, no sentido de que a heteronomia, embora necessária para a (co)existência em sociedade, não deve ser embutida no conceito de dignidade da pessoa humana para justificar a imposição majoritária de valores e concepções de bem, notadamente quando esses valores e concepções não se condensam em normas jurídicas e dizem respeito a questões sensíveis, como as existenciais. Isso não significa afirmar que a liberdade é um direito absoluto, mas apenas que “a heteronomia é exceção e precisa estar devidamente justificada”<sup>344</sup>, não devendo ser invocada para a

---

<sup>340</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: Conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 140.

<sup>341</sup> Ainda que Sarmiento critique o princípio de dano de Stuart Mill, por entender que ele caminha na direção correta, mas “peca tanto pela falta como pelo excesso”, já que há casos em que o dano a terceiro não justifica a restrição à liberdade, e há casos em que não há danos a terceiros e a restrição à conduta individual é admissível. Ibid., p. 165.

<sup>342</sup> Ibid., p. 153.

<sup>343</sup> Ibid., p. 177. Ressalte-se que o autor não defende uma ideia absoluta de liberdade ou a impossibilidade de qualquer interferência estatal, mas rejeita a inserção dessa heteronomia no conceito de dignidade humana.

<sup>344</sup> SCHULMAN, Gabriel. **Internação forçada, saúde mental e drogas**: é possível internar contra a vontade? Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 163.

submissão da pessoa ao pensamento dominante por uma suposta anormalidade de sua conduta ou pelo simples desvio em relação aos padrões dominantes<sup>345</sup>.

De todo modo, pretende-se enfatizar que, nos três autores citados (Barroso, Bodin de Moraes e Sarmiento), é possível notar a importância da autonomia para a conceituação da dignidade da pessoa humana e, na via reversa, a relevância que o conceito de dignidade da pessoa humana também assume, na literatura jurídica, para a análise da autonomia e da liberdade.

No plano do Direito Civil, é possível constatar que o conceito de autonomia privada tem sofrido os influxos hermenêuticos dessas concepções de dignidade humana e de liberdade, sobretudo entre os autores que adotam a metodologia civil-constitucional e quando estão em discussão questões extrapatrimoniais.

Nesse sentido, Ana Carolina Brochado Teixeira aponta que a Constituição de 1988, em sua vertente nitidamente humanista, trouxe consigo uma “escolha metodológico-interpretativa que determina que, em toda situação jurídica, a interpretação adequada é aquela que prima pela realização da pessoa humana e de sua personalidade, pela sua emancipação, pela sua liberdade”<sup>346</sup>.

Assim, ao menos no plano teórico, há a retomada da base ética e humanista que se dissociara do conceito de autonomia privada em sua perspectiva tradicional, com base na dignidade da pessoa humana. No entanto, diante da laicidade<sup>347</sup> e do pluralismo constitucionalmente previstos, essa base ética não pode ser vinculada a uma moral universal ou a padrões hegemônicos. É nesse ponto que se revaloriza a liberdade do sujeito “para estabelecer seus próprios fins, que ele deseja realizar no mundo”<sup>348</sup>.

---

<sup>345</sup> Nas palavras de Gabriel Schulman, “Cingir escolhas apenas à prática de atos previamente definidos como sensatos e socialmente aceitos pressupõe uma justaposição de razão e adequação moral que não pode prevalecer”. SCHULMAN, Gabriel. **Internação forçada, saúde mental e drogas**: é possível internar contra a vontade? Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 249.

<sup>346</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun., 2018, p. 87.

<sup>347</sup> Notadamente os incisos VI e VII do art. 5º da CRFB.

<sup>348</sup> HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Trad. de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 59.

Em decorrência dessas transformações, atualmente, a autonomia privada<sup>349</sup> tem sido analisada sob dois vieses distintos, a depender de seu objeto ser uma situação jurídica patrimonial ou existencial<sup>350</sup> e, mesmo em relação às situações jurídicas existenciais, há autores que preferem fazer referência ao conceito de autonomia privada, embora apontem para a necessidade de um ajuste qualitativo de sua compreensão e disciplina jurídica.

Rose Maria Vencelau Meireles se refere à autonomia privada como a “auto-regulamentação de interesses, patrimoniais e não patrimoniais”<sup>351</sup> correspondente à “expressão da vontade como meio de desenvolvimento da personalidade do declarante”<sup>352</sup>, mas defende que os negócios jurídicos e contratos devem se submeter a disciplinas jurídicas distintas, conforme versem sobre situações jurídicas patrimoniais ou existenciais. Para Meireles, a autonomia privada se fundiu com uma base valorativa e, atualmente, “postula um juízo positivo de merecimento por meio da observância de outros princípios também fundamentais, especialmente, o de tutela da dignidade da pessoa humana”, de forma que, “o ato de autonomia privada existencial somente alcança merecimento de tutela a produzir os efeitos jurídicos desejados se conduzidos ao pleno desenvolvimento da pessoa”<sup>353</sup>. Para a autora, o poder de regulamentação das situações jurídicas subjetivas existenciais (relacionadas aos arts. 11 e 12 do Código Civil, que versam sobre os direitos da personalidade) se submete a alguns princípios específicos, quais sejam: a gratuidade; o

---

<sup>349</sup> Utilizou-se a expressão autonomia privada, porque ela continua a ser um marco conceitual da literatura jurídica civilista quando se trata da análise das situações jurídicas existenciais. Nesse ponto, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk aponta que “Mesmo quando se trata de situações existenciais que se realizam fora do âmbito negocial, como vivência de liberdade positiva, há importantes posições doutrinárias que fazem referência ao conceito de autonomia”. PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 128.

<sup>350</sup> LIMA, Jairo Néia; PEGORER, Mayara Alice Souza. Autonomia das Mulheres em Tempos de Zica Vírus: Uma perspectiva sobre o aborto a partir dos direitos sexuais e reprodutivos. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS Priscila Machado Martins (coord.). **Negócio Jurídico e Liberdades Individuais**: Autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá Editora, 2017, p. 187.

<sup>351</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 74.

<sup>352</sup> Ibid., p. 77.

<sup>353</sup> Ibid., p. 85. Interessante observar que, ao fazer essa afirmação, a autora abre espaço para que se utilize o argumento da dignidade humana, em sua perspectiva heteronormativa, para afastar a eficácia da autonomia privada existencial.

consentimento qualificado; a cooperação; a revogabilidade e incoercibilidade; o princípio da confiança; o princípio da autorresponsabilidade; para além de regimes especiais aplicáveis a contratos que se referem à esfera da personalidade individual<sup>354</sup>.

Ana Carolina Brochado Teixeira, por sua vez, considera que a liberdade é o principal fundamento da dignidade<sup>355</sup> e utiliza a expressão autonomia existencial para fazer referência ao autogoverno à possibilidade de cada pessoa “de construir, com inteira liberdade, seu próprio caminho, de acordo com seus anseios, com sua autonomia” e “elaborar seus projetos e viver segundo as próprias concepções, com as próprias singularidades”, sem intervenções paternalistas<sup>356</sup>. Segundo a autora, a autonomia é imprescindível para uma vida digna, porque possibilita a manifestação da subjetividade e a projeção de sua identidade, correspondendo ao “reconhecimento da livre decisão individual, racional e não coagida, sobre seus próprios interesses sempre que não afete terceiros”<sup>357</sup>. Teixeira critica a abstração da ideia de sujeito de direito e invoca a necessidade de se resguardar o ser humano concreto merecedor de tutela diferenciada, tanto do ponto de vista qualitativo como quantitativo, o que demanda uma atuação positiva para que sejam reduzidas as suas vulnerabilidades e seus déficits de discernimento<sup>358</sup> e, assim, para que se viabilize uma atuação com responsabilidade<sup>359</sup>. Em suma, pode-se dizer que Teixeira também propõe uma revisitação do conceito de autonomia privada para afastá-lo do excessivo formalismo e da lógica proprietária, uma vez que a autonomia patrimonial é insuficiente para realizar a dignidade da pessoa humana. Assim, sugere a criação de uma sistemática própria para as situações jurídicas existenciais, por meio da migração da tutela da liberdade negativa para

---

<sup>354</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 151-307.

<sup>355</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun., 2018, p. 78.

<sup>356</sup> Ibid., p. 77.

<sup>357</sup> Ibid., p. 95.

<sup>358</sup> A autora destaca que “para as situações existenciais, o importante é que o sujeito tenha discernimento, ou seja, capacidade de querer e de entender, e funcionalidade – conforme novo parâmetro adotado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência –, o que se apura casuisticamente”. Ibid. p. 92.

<sup>359</sup> Ibid., p. 79-81.



a positiva<sup>360</sup>, a ser exercida, inclusive, por meio de negócios jurídicos<sup>361</sup>. Para a autora, há a necessidade:

(...) de o ordenamento jurídico proteger a autonomia privada, mesmo que seja no sentido da disposição em situações jurídicas existenciais; e de terceiros e o Estado conviverem e tolerarem as escolhas feitas por uma pessoa, mesmo que sejam incomuns, irreverentes, diferenciadas, pois elas acabam por satisfazer valores pessoais.<sup>362</sup>

De forma semelhante, Thamís Dalsenter Viveiros de Castro também defende que uma sociedade democrática e pluralista deve resguardar a liberdade para definição dos rumos da própria vida, sem intervenções paternalistas, tomando a “autonomia existencial como instrumento de emancipação social”<sup>363</sup>. A autora discorre sobre a interrelação entre a cláusula geral de bons costumes e essa autonomia privada existencial, apontando para a possibilidade de maior restrição de seu exercício em “situações cujos efeitos ultrapassam a esfera do titular [as quais] exigem maior cuidado em relação à ponderação dos interesses em jogo em caso de conflito”<sup>364</sup>, para que o exercício da autonomia privada por uns não cerceie interesses existenciais de outros. Com base nessa premissa, a autora defende uma “teoria tríplice da autonomia privada existencial”, ao diferenciar entre: “atos de eficácia pessoal”, correspondentes a situações subjetivas, que apenas produzem consequências para o próprio titular; “atos de eficácia interpessoal”, correspondentes a atos que produzem repercussão na esfera jurídica de terceiros, em relação aos quais se admitem restrições concretas (a exemplo da relação entre pais e filhos); e “atos de eficácia social”, cujo exercício provoca efeitos jurídicos que podem gerar lesão a um número indeterminado de pessoas e autorizam uma limitação por meio de lei (a

<sup>360</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun., 2018, p. 84.

<sup>361</sup> Ibid., p. 91.

<sup>362</sup> Ibid., p. 227.

<sup>363</sup> VIVIEIROS DE CASTRO, Thamís Dalsenter. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 14, p. 99-125, out./dez. 2017, p. 102. Para a autora, “a autonomia existencial é espécie do gênero autonomia privada e se configura como instrumento da liberdade individual para realização das potencialidades da pessoa humana e de seus interesses não patrimoniais, incidindo nas situações jurídicas subjetivas situadas na esfera extrapatrimonial, cujo referencial objetivo é o próprio titular no espaço de livre desenvolvimento da personalidade” (Ibid., p. 101).

<sup>364</sup> Ibid., p. 102.

exemplo de atos de disposição do próprio corpo)<sup>365</sup>. Assim, a limitação heterônoma deve crescer proporcionalmente ao alcance da esfera de terceiros, pelo exercício da autonomia.

Heloisa Helena Barboza, por sua vez, reconhece que a autonomia privada, “enquanto exercício da liberdade, constitui instrumento de expressão e concretização da dignidade humana”<sup>366</sup>, a qual não corresponde a uma faculdade outorgada pelo Estado, mas ao “reconhecimento do poder do sujeito privado de autorregular-se nos limites da lei, aqui entendida em seu sentido amplo, e que tem na Constituição da República sua expressão maior”<sup>367</sup>. A autora prefere fazer referência à expressão “autonomia negocial”, por entender que autonomia contratual “não é adequada para descrever o fenômeno da regulamentação de interesses na sua dimensão integral”<sup>368</sup>, abrangendo também negócios plurilaterais ou unilaterais de conteúdo não patrimonial. Ainda segundo Barboza, há uma série de direitos que decorrem do reconhecimento da centralidade do ser humano no ordenamento jurídico, os quais são associados à dignidade e à liberdade. Cada um desses direitos envolve determinados interesses merecedores de tutela e demanda uma proteção e atuação específica pelo direito estatal: a autonomia, por exemplo, deve prevalecer no exercício do direito ao próprio corpo, por estar atrelado à individualidade e identidade, ainda que possa englobar restrições de caráter protetivo, como a vedação à alienação de partes do corpo humano.

Daniele Chaves Teixeira e Daniel Bucar mencionam que a tutela da pessoa e o catálogo aberto de direitos fundamentais presente na Constituição da República são alterações que possibilitam o reconhecimento de um poder de agir individual, consentâneo com o que se “entende ser melhor para si, especialmente nas decisões pertinentes a si mesmo, à sua individualidade, contanto que sua ação seja responsável e que ele [o indivíduo] tenha plenas

---

<sup>365</sup> VIVIEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil** - RBDCivil, Belo Horizonte, v. 14, p. 99-125, out./dez. 2017, p. 103.

<sup>366</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **O direito e o tempo: Embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 407.

<sup>367</sup> Ibid., p. 410.

<sup>368</sup> Ibid., p. 412.

informações sobre os efeitos dos seus atos”<sup>369</sup>. Essa possibilidade de agir, no entender dos autores, é insuscetível de limites externos, admitindo apenas limites internos à autonomia, o que é possibilitado pela garantia da vida privada.

Por fim, Renata Vilela Multedo também se refere à uma “autonomia privada existencial”<sup>370</sup> e a concebe como um aspecto da dignidade da pessoa humana, imprescindível ao livre desenvolvimento da personalidade<sup>371</sup>, por envolver a possibilidade de que os indivíduos “determinem por si mesmos o que significa levar uma vida boa e virtuosa e que suas escolhas se deem com base na consideração de quem são e das consequências do próprio agir”<sup>372</sup>. Para a autora, a autonomia existencial implica no reconhecimento de um “mínimo de restrições individuais e um máximo de realização pessoal”<sup>373</sup>, com a reserva de um espaço de autodeterminação pessoal, “atrelado à identidade”, consistente em aspectos da vida humana que não podem se sujeitar a intervenções do estado ou da sociedade<sup>374</sup>. A autora também vincula a autonomia existencial à responsabilidade, ao compreender que o incremento da autodeterminação é diretamente proporcional ao incremento da autorresponsabilidade<sup>375</sup>.

Da análise desenvolvida, é possível constatar o empenho da doutrina civil-constitucional brasileira em adaptar o conceito de autonomia privada à base ética advinda da dignidade da pessoa humana e às situações jurídicas existenciais, já que se trata de um instituto jurídico que historicamente foi utilizado para se fazer referência a atos de natureza patrimonial. Os autores referenciados para tratar da autonomia privada – assim como aqueles utilizados para a construção da base semântica da autonomia como um componente da dignidade da pessoa humana – recorrem, em maior ou menor grau, ao conceito

---

<sup>369</sup> BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia e Solidariedade In: ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: 2016, p. 109.

<sup>370</sup> MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família**: Limites para a intervenção do estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 39.

<sup>371</sup> Ibid., p. 44.

<sup>372</sup> Ibid., p. 39.

<sup>373</sup> Id.

<sup>374</sup> Ibid., p. 48. “(...) há situações que só dizem respeito à autodeterminação da própria pessoa e que, em razão do conjunto de direitos fundamentais individuais e, em especial, da vida privada, autoriza o exercício de uma autonomia responsável por meio da qual à pessoa é garantido o direito de tomada de certas decisões que somente impactam a ela própria”.

<sup>375</sup> Ibid., p. 49.

de autonomia privada ou de negócio jurídico, mas apontam para a necessidade de se atribuir uma disciplina jurídica diferenciada para esses atos, seguindo a linha de pensamento de Pietro Perlingieri, que compreende a autonomia privada como uma autonomia de caráter negocial, que pode ter por objeto interesses de patrimoniais (autonomia privada contratual) ou extrapatrimoniais (autonomia privada existencial) e impõe uma disciplina jurídica apropriada a cada um desses interesses<sup>376</sup>.

Assim, a partir do estudo realizado, é possível consignar que o conceito de autonomia privada (que consiste em uma autonomia eminentemente negocial) é o gênero a partir do qual derivam as espécies autonomia privada patrimonial e autonomia privada existencial. A autonomia privada, em quaisquer dessas expressões, abrange uma dimensão positiva da liberdade, mas nela não se esgota. Essa dimensão positiva da liberdade corresponde ao poder jurídico de autorregulação dos próprios interesses e situações jurídicas, pela via do negócio jurídico, ou seja, por uma declaração de vontade direcionada à produção de efeitos futuros.

A autonomia privada existencial, portanto, consiste no poder de autorregulamentação das situações jurídicas extrapatrimoniais por meio do negócio jurídico. A título exemplificativo, a autonomia privada existencial pode se manifestar por meio: da inclusão, no testamento, de disposições de caráter existencial (reconhecimento de filho e diretivas a ser observadas *post mortem* em relação à destinação do corpo e funeral, por exemplo); da elaboração do denominado testamento vital<sup>377</sup>, com a definição de diretivas antecipadas de vontade quanto aos tratamentos médicos admitidos ou não pela pessoa em caso de estado terminal, estado vegetativo, cuidados paliativos, dentre outros; da declaração da gestante de que deseja realizar a antecipação terapêutica do parto

---

<sup>376</sup> Ainda que com submissão a uma tutela jurídica diferenciada: “Não é possível, portanto, um discurso unitário sobre a autonomia privada: a unidade é axiológica, porque unitário é o ordenamento centrado no valor da pessoa, mas é justamente essa conformação do ordenamento que impõe um tratamento diferenciado para atos e atividades que em modo diferenciado tocam esse valor e regulamentam situações ora existenciais, ora patrimoniais, ora uma e outra juntas. A necessidade de aderência às particularidades de cada *‘fatispecie’* (...) modula a resposta que o sistema dos valores fundamentais do ordenamento oferece a cada uma delas”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 277.

<sup>377</sup> Sobre o tema, cf.: PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada**: fundamentos das diretivas antecipadas da vontade. Curitiba: Juruá, 2015.

em caso de gestação de feto anencéfalo; do plano de parto, por meio do qual a gestante define os procedimentos e intervenções que deseja que sejam aplicados durante o parto. Todos esses exemplos se referem a casos em que a pessoa declara sua vontade, por meio de um negócio jurídico que versa sobre interesses extrapatrimoniais, com a intenção de que produza efeitos futuros e, em princípio, cogentes (a menos que haja revogação posterior ou caducidade pelo tempo).

No entanto, para além dessa acepção de autonomia privada existencial, também se percebe na literatura jurídica (exemplificada pelos autores referenciados no presente tópico)<sup>378</sup> o uso indiscriminado dos conceitos de autonomia privada existencial, autonomia existencial e autodeterminação<sup>379</sup>, em um sentido mais amplo, para fazer referência a escolhas éticas e planos de vida<sup>380</sup>, inclusive em relação a modos de vida e manifestações de subjetividade<sup>381</sup> que destoam dos hegemônicos e merecem reconhecimento. Em outros termos, para além da delimitação semântica já apresentada, também se utiliza o conceito de autonomia privada existencial para abranger a tutela jurídica de vivências da liberdade privada existencial que não se enquadram nas formalidades da categoria negocial, mas dizem respeito a direitos fundamentais e direitos da personalidade<sup>382</sup>. Essa liberdade se associa à definição dos rumos

---

<sup>378</sup> Assim como nas próprias decisões judiciais, como se verá no próximo capítulo.

<sup>379</sup> Essa identificação torna-se clara na seguinte definição realizada por Luísa Baran de Mello Alvarenga: “Diante desta premissa, o conceito de autonomia privada também teve o seu conteúdo reformulado, passando a ser concebido sob um viés existencial, não mais pela ótica exclusivamente patrimonialista. Assim, como instrumento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a autonomia adquire contornos extrapatrimoniais, entendida como poder de autodeterminação individual dos interesses existenciais”. ALVARENGA, Luísa Baran de Mello. A legitimidade das modificações corporais extremas no ordenamento jurídico brasileiro. In.: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (Coord). **Direitos da personalidade: A contribuição de Silmara J. Chinellato**. Barueri: Manole, 2019, p. 117.

<sup>380</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun., 2018, p. 77.

<sup>381</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **O direito e o tempo: Embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 412.

<sup>382</sup> Nesse sentido, Daniele Chaves Teixeira e Daniel Bucar fazem referência, precisamente, a uma “autonomia como autodeterminação” (p. 106) ao enfrentarem questões privadas que envolvem direitos fundamentais. Segundo os autores, nas “questões que envolvem os direitos fundamentais, vale lembrar que a pessoa pode agir de acordo com o que entende ser melhor para si, especialmente nas decisões pertinentes a si mesmo, à sua individualidade (...)” BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia e Solidariedade In: ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **O direito civil entre**

da própria vida, à busca da felicidade, ao livre desenvolvimento da personalidade e à realização de interesses particulares que vão além da esfera patrimonial, muitas vezes com a superação dos aspectos formais e negociais usualmente relacionados à autonomia privada, ainda que esta continue a embasar as construções teóricas como “autonomia privada existencial”<sup>383</sup> ou “autonomia existencial”<sup>384</sup>.

É justamente essa expressão da liberdade positiva, como poder de definição dos rumos da própria vida e de vivenciar a própria liberdade, que permitirá identificar o conceito específico de autodeterminação existencial.

### 3.2.4 A autodeterminação existencial e suas expressões

A conceituação da autodeterminação existencial apenas é possível a partir de sua distinção em relação ao conceito de autonomia privada existencial, uma vez que é comum a utilização de ambos os termos como sinônimos, não apenas no âmbito do Direito Civil, mas também no Direito Constitucional. Por essa razão, boa parte do estudo buscou delinear os sentidos aos quais se vincula a liberdade positiva, a autonomia privada e seu sentido mais específico de autonomia privada existencial. É chegado o momento de delinear os conteúdos semânticos da autodeterminação (em sentido lato) e do que se pretende designar por autodeterminação existencial, para viabilizar a análise de sua aplicação prática.

A partir do estudo desenvolvido, chegou-se à conclusão de que a autonomia privada existencial consiste em um poder jurídico de autorregulação dos próprios interesses e situações jurídicas extrapatrimoniais, que se exerce no âmbito de liberdade negativa, por meio de uma exteriorização de vontade

---

**o sujeito e a pessoa:** estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: 2016, p. 109.

<sup>383</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 151.

<sup>384</sup> A ideia de autonomia privada existencial, inclusive, tem aberto espaço para uma nova tendência, denominada “privatização” ou “contratualização” do direito de família e de outros aspectos vinculados aos direitos da personalidade. A esse respeito: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MORAES, Maria Celina Bodin de. Contratos no ambiente familiar. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 1-18.

instrumentalizada pela via do negócio jurídico e voltada a produzir determinados efeitos futuros.

Identificou-se, porém, que um segundo sentido também é atribuído à autonomia privada existencial, para designar o poder de definir os rumos da própria vida em aspectos extrapatrimoniais vinculados à existência humana, sem ter como substrato uma declaração de vontade ou um negócio jurídico. É precisamente esse segundo sentido, que não se ajusta à base negocial da autonomia privada, que enseja a compreensão de que o conceito é insuficiente para abranger determinadas manifestações de liberdade que são relevantes para o Direito Civil.

Nesse ponto, é oportuno mencionar que há autores que preferem não utilizar o conceito de autonomia privada para tratar do exercício da liberdade existencial, em uma perspectiva mais ampla. A esse respeito, mostra-se pertinente a delimitação feita por Ana Prata em relação ao conteúdo e o significado da autonomia privada, ao afirmar que ela “não designa toda a liberdade, nem toda a liberdade jurídica privada, mas apenas um aspecto desta última: a liberdade negocial”<sup>385</sup>. Desse modo, para Ana Prata, a autonomia privada apenas abrange uma dimensão da liberdade positiva (a liberdade negocial), o que não exclui a existência de outras formas de liberdade jurídica que também se inserem no âmbito do direito privado.

Gabriel Schulman, ao criticar a rigidez formal do regime de incapacidades em relação à sua aplicação nas “escolhas de vida” em diferentes aspectos, aponta que “para lidar com as questões relativas às liberdades existenciais” é necessário um direito “vocacionado de modo singular para as pluralidades e de modo plural para as singularidades”<sup>386</sup>. Com base nessa compreensão, sustenta a diferenciação entre capacidade negocial e “competência para atos existenciais”<sup>387</sup>, o que implica analisar o ato existencial específico que se tem como referência, as “múltiplas projeções de vida”<sup>388</sup>, a

---

<sup>385</sup> PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. 2017. Reimpressão. Lisboa: Livraria Almedina, 1982, p. 15.

<sup>386</sup> SCHULMAN, Gabriel. **Internação forçada, saúde mental e drogas: é possível internar contra a vontade?** Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 98.

<sup>387</sup> SCHULMAN, Gabriel. Esterilização forçada, incapacidade civil e o caso Janaína: “não é segurando nas asas que se ajuda um pássaro a voar”. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Canoas, v. 6, n. 2, p. 107-123, 2018, p. 111.

<sup>388</sup> Ibid. p. 112.

efetiva liberdade de escolha e adequada informação”<sup>389</sup>. Diante desse posicionamento, é possível sustentar que a crítica de Schulman alcança o próprio substrato negocial da autonomia privada, haja vista a dificuldade em adaptá-lo às singularidades de cada ato de escolha na esfera existencial.

De maneira similar, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk defende que as dimensões plurais da liberdade são irreduzíveis à autonomia privada, uma vez que a extensão desse conceito a uma nova racionalidade ou adaptação a uma nova disciplina jurídica são insuficientes para que se dê efetividade à dimensão substancial e a expressões específicas de liberdade positiva. Nas palavras do autor, “Talvez seja mais adequado reconhecer que a liberdade dos privados pode extrapolar a autonomia privada, mantendo-se, mesmo assim, como dotada de juridicidade”<sup>390</sup>. Para superar essas dificuldades, Pianovski Ruzyk propõe que se faça referência a um sentido plural de liberdade(s):

Apesar dos importantes esforços na contemporaneidade para pensar as possibilidades da autonomia privada no âmbito das relações existenciais, talvez a referência a(s) liberdade(s) possa se revelar como mais prolífica. Se é possível vislumbrar na doutrina a efetiva busca pela construção da possibilidade de aplicação a dadas situações existenciais da noção de autonomia privada esta não se dá sem dificuldades<sup>391</sup>.

Essa percepção da dimensão plural do conceito de liberdade, defendida por Pianovski Ruzyk, bem como a compreensão de que a autonomia privada não esgota todas as expressões jurídicas da liberdade, como defende Ana Prata, são essenciais para a compreensão da autodeterminação.

Como se mencionou, quando se toma por referência a autonomia privada, o “autorregramento de interesses apenas alça juridicidade porque assim reconhecido no mundo jurídico, não simplesmente porque emana da vontade”<sup>392</sup>. Além da juridicidade da liberdade negocial depender de um prévio

---

<sup>389</sup> SCHULMAN, Gabriel. Esterilização forçada, incapacidade civil e o caso Janaína: “não é segurando nas asas que se ajuda um pássaro a voar”. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Canoas, v. 6, n. 2, p. 107-123, 2018, 114.

<sup>390</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 129.

<sup>391</sup> Ibid., p. 129.

<sup>392</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 74.



enquadramento no suporte fático previsto em abstrato, a vinculação entre a autonomia privada e a figura do negócio jurídico necessariamente suscita questões formais que tornam complexa a sua aplicação a determinadas expressões da vivência humana, correlatas aos direitos da personalidade e aos direitos fundamentais. Um exemplo que pode ser desde já apresentado são as vivências da identidade de gênero e da orientação sexual. Elas correspondem a aspectos relevantes da esfera personalíssima do indivíduo e, portanto, são merecedoras de tutela jurídica pelo direito privado, mas não decorrem de uma escolha ou de uma declaração pontual de vontade. Tampouco podem ser associadas à capacidade jurídica, notadamente no sentido exigido para a prática de atos negociais. Ainda que possa suscitar o exercício da autonomia privada existencial – como, por exemplo, a manifestação da vontade de alteração do nome no registro civil para adequá-la à identidade de gênero autopercebida –, o fato é que a vivência da identidade de gênero, em si, a ela não se limita.

Nas palavras de Antonio Menezes Cordeiro, “o negócio jurídico é uma criação abstrata do jusracionalismo” e sempre irá depender de uma referência à parte geral do Código Civil e suas exigências, porque traduz “uma consequência direta da necessidade de encontrar uma referência capaz de abarcar todas as manifestações relevantes de autonomia privada”<sup>393</sup>. Desse modo, o conceito de autonomia privada (e mesmo de autonomia privada existencial) mostra-se insuficiente para fazer referência a expressões não negociais da liberdade (como princípio e direito fundamental), que devem (ou deveriam) ser necessariamente tuteladas pelo ordenamento jurídico, sobretudo quando dizem respeito à esfera existencial e quando se enunciam como princípios constitucionais o pluralismo, a diversidade, a igualdade, a democracia e a não discriminação.

Nesse ponto, é possível recorrer à metodologia delineada no capítulo anterior e, mais especificamente, às dimensões da “atitude interpretativa” dworkiniana, que demandam refletir se as estruturas de sentido extraídas da prática jurídica são adequadas a sua finalidade. Cabe então verificar se as estruturas de sentido extraídas a partir da análise teórica da autonomia privada

---

<sup>393</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio. **Tratado de direito civil**. 4. ed. v. 2. Coimbra: Almedina, 2018, p. 52.

são adequadas à finalidade de promoção da liberdade<sup>394</sup> e, consequentemente, de proteção da dignidade da pessoa humana e realização dos demais princípios constitucionais. Conforme se mencionou, as estruturas de sentido vinculadas ao conceito de autonomia privada evidenciam uma base negocial que não é capaz de explicar e designar certas expressões da liberdade e da ação humanas, representadas por vivências. Por essa razão, compreende-se que o conceito de autonomia privada é insuficiente para designá-las, porque não se ajusta adequadamente ao propósito (*point*) que se extrai dos princípios constitucionais da liberdade, do pluralismo, da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da diversidade.

Com efeito, há situações nas quais a liberdade positiva não se manifesta pela declaração expressa ou tácita de vontade, com projeção de efeitos para o futuro e como produto de uma racionalidade atenta para as consequências do(s) ato(s) que se pratica(m). Há casos em que a liberdade é fruto da vivência e experiência humanas, nem de todo conscientes, nem de todo programadas. Sobretudo nas relações familiares e demais questões relacionadas à personalidade, há situações que escapam da instrumentalização formal, da exigência de plena capacidade jurídica<sup>395</sup> ou mesmo de um ato específico de manifestação de vontade, mas não deixam de ser vivenciadas e de possuir valor jurídico, especialmente para o Direito Civil. Citem-se, por exemplo, a conformação da união estável e homoafetiva e da parentalidade socioafetiva, bem como as próprias manifestações da subjetividade, individualidade e autopercepção, usualmente relacionadas à(s) distinta(s) identidade(s), dentre as quais a identidade de gênero e as diferentes expressões da sexualidade<sup>396</sup>.

---

<sup>394</sup> Nesse ponto, remete-se à dimensão funcional dos institutos do direito civil, que, segundo Pianovski Ruzyk, consiste na promoção da(s) liberdade(s). PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 149.

<sup>395</sup> Segundo Heloisa Helena Barboza, “Do mesmo modo que a negociabilidade foi vinculada à patrimonialidade, a autonomia encontra-se atrelada à capacidade civil”. BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **O direito e o tempo**: Embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 417.

<sup>396</sup> Desde logo, impõe-se esclarecer que a autora não concebe a identidade como uma essência estanque, estável e imutável. Nesse sentido, aponta-se para o quadro em que Kathryn Woodward sintetizou a conformação das identidades: “1. Precisamos de conceitualizações. Para compreender como a identidade funciona, precisamos conceitualizá-la e dividi-la em suas diferentes dimensões. 2. Com frequência, a identidade envolve reivindicações

Note-se que essas relações se apresentam muito mais como uma “liberdade vivida”<sup>397</sup> de caráter existencial, consistentes em modos de viver, amar<sup>398</sup>, vivenciar e expressar a própria subjetividade, do que como exercício da autonomia privada, já que não se ajustam à estrutura do negócio jurídico e prescindem tanto do ato formal de declaração de vontade (momento genésico), como da própria predefinição dos efeitos aplicáveis a determinada situação jurídica (preceito)<sup>399</sup>. Essas manifestações da liberdade se constroem pelo comportamento e pela vivência. Nas palavras de Pianovski Ruzyk: “É a vivência como fato que se apreende, e que se valora juridicamente como vivência de liberdade de definição dos rumos da própria vida (liberdade positiva), merecendo, por isso, chancela jurídica do que deflui dessa autodeterminação”<sup>400</sup>.

A referência ao conceito de “autodeterminação” se mostra oportuna, porque há outros autores que preferem limitar o uso da expressão “autonomia privada” à autonomia negocial, utilizando a expressão “autodeterminação” para se referir à liberdade em um sentido mais amplo, com base nas ideias de

---

essencialistas sobre quem pertence e quem não pertence a um determinado grupo identitário nas quais a identidade é vista como fixa e imutável. 3. Algumas vezes essas reivindicações são baseadas na natureza; por exemplo, em algumas versões da identidade na étnica, na ‘raça’ e nas relações de parentesco. Mais frequentemente, entretanto, essas reivindicações estão baseadas em alguma versão essencialista da história e do passado, na qual a história é construída ou representada como uma verdade imutável. 4. A identidade é, na verdade, relacional, e a diferença é estabelecida por uma marcação simbólica relativamente a outras identidades (...). 5. A identidade está vinculada também a condições sociais e materiais. Se um grupo é simbolicamente marcado como o inimigo ou como tabu, isso terá efeitos reais, porque o grupo será socialmente excluído e terá desvantagens materiais. (...). 6. O social e o simbólico referem-se a dois processos diferentes, mas cada um deles é necessário para a construção e a manutenção das identidades. A marcação simbólica é o meio pelo qual damos sentido a práticas e a relações sociais, definindo, por exemplo, quem é excluído e quem é incluído. É por meio dessa diferenciação social que essas classificações da diferença são vividas nas relações sociais. (...) (WOODWARD, Kathryn. *Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual*. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (org.). **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. 15. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. p. 13-14).

<sup>397</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 128.

<sup>398</sup> Nesse sentido, Ana Carla Harmatiuk Matos: “Merece a liberdade um papel de destaque não cabendo ao direito ser limitador de efeitos em virtude de características existenciais das pessoas. A igualdade na lei estaria a significar um tratamento não diferenciado para as pessoas, independentemente de sua orientação sexual, devendo haver no Direito de Família espaço para as diferentes formas de amar”. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Iguais mais diferentes**: efeitos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo, p. v (resumo).

<sup>399</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Op. cit., p. 130.

<sup>400</sup> Ibid., p. 134.

liberdade positiva e de autogoverno, ou “na possibilidade que cada indivíduo tem de construir seu projeto de vida”<sup>401</sup>. Nota-se, a partir dessa perspectiva, que a autodeterminação, concebida em sentido amplo, pode abranger outras manifestações de liberdade positiva, para além daquela inserida na estrutura negocial da autonomia privada.

José de Oliveira Ascensão, ao tratar a respeito da terminalidade da vida, manifestou preferência quanto ao uso do conceito de “autodeterminação”, em vez da expressão “autonomia”, para fazer referência ao poder ou possibilidade de se “fixar o que queremos para nós próprios”<sup>402</sup>.

Para Joaquim de Sousa Ribeiro, a indiferenciação conceitual entre autonomia privada e autodeterminação é responsável “por uma desnecessária extensão do espaço próprio da noção de autonomia privada”, “a reboque e por força de arrastamento da ideia de autodeterminação”<sup>403</sup>, já que esta corresponde a sua base ético-valorativa. O autor diferencia a autonomia privada e autodeterminação e as situa em dois planos distintos, pois considera que a autodeterminação corresponde a um “conceito prejudicial” que se vincula “ao reconhecimento do valor absoluto da pessoa humana, como um fim em si, é uma forma de expressão de sua dignidade e individualidade próprias”<sup>404</sup>. Assim, para Sousa Ribeiro, a autodeterminação é mais ampla do que a autonomia privada, e se define como “o poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com suas preferências”<sup>405</sup>.

Sousa Ribeiro atribui à autodeterminação uma natureza valorativa, que impõe o reconhecimento de um espaço de autorregulação aos sujeitos, para

---

<sup>401</sup> MENEZES, JOYCEANE BEZERRA DE; MULTEDO, Renata. A autonomia existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. In: ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: 2016, p. 311

<sup>402</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. A terminalidade da vida. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **O direito e o tempo: Embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 168.

<sup>403</sup> SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. **O problema do contrato: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 49.

<sup>404</sup> Ibid., p. 22.

<sup>405</sup> Ibid., p. 21.

autorrealização de si mesmos<sup>406</sup>. Essa concepção apresenta nítida correlação com uma dimensão de liberdade positiva, que se acerca ora da autonomia kantiana, ora da autorrealização de Stuart Mill. Aproxima-se da perspectiva de Kant ao apontar que a autodeterminação se apresenta tanto como valor juridicamente reconhecido quanto como poder que pressupõe a autorresponsabilidade e a capacidade da pessoa de “controlar com a sua razão e a sua vontade os factores internos e as condicionantes externas que influenciam a sua conduta”, o que exige o atendimento “às estruturas intelectivas e volitivas do agente”<sup>407</sup> (aplicam-se aqui todas as críticas já referenciadas a respeito da valorização da racionalidade em detrimento das questões corpóreas, sobretudo as realizadas por Roberto Esposito). Por outro lado, vincula-se à autorrealização de Stuart Mill, ao apontar para o poder que se atribui ao indivíduo para levar a vida de acordo com suas preferências ou de realizar aquilo que valoriza, no plano empírico.

Sousa Ribeiro ainda defende uma dimensão substancial da liberdade, ao afirmar que a autodeterminação não deve ser entendida “como atributo de um eu previamente constituído, com independência e por contraposição à formação social em que ele está inserido”<sup>408</sup>, o que torna necessária a garantia de condições materiais para que se atribua a cada um o “efetivo poder de fazer (ou não fazer) aquilo que se aspira a fazer (ou não fazer)”<sup>409</sup>. Para tanto, considera imprescindível a existência de mecanismos institucionais para superação de desvantagens estruturalmente produzidas, pois não basta a enunciação formal da liberdade, sem que se considere a capacidade de seu exercício e o ambiente circunstancial que lhe é necessário.

A referência ao pensamento de Sousa Ribeiro é relevante porque ele contribui para evidenciar que a autodeterminação (em sentido amplo) é um conceito mais abrangente do que a autonomia privada. No entanto, não se adota a compreensão do autor, de que a autodeterminação corresponde a um conceito

---

<sup>406</sup> Segundo Sousa Ribeiro, “sendo a autodeterminação um pensamento conotado com a autorrealização de si, transmite uma imagem de efetividade, de por em acto aquilo que se é ou que se quer ser”. SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. **O problema do contrato**: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, p. 33.

<sup>407</sup> Ibid., 1999, p. 22 (nota 21).

<sup>408</sup> Ibid., p. 40.

<sup>409</sup> Ibid., p. 35.

pré-jurídico. Afinal, o presente estudo compreende a autodeterminação como uma das expressões do princípio constitucional da liberdade e, portanto, a insere no direito positivo. Conforme se buscou evidenciar no capítulo antecedente, a base axiológica presente na autodeterminação é apreendida a partir dos próprios princípios constitucionais, sem necessidade de embasamento em valores morais. Realizado esse esclarecimento, dá-se continuidade ao estudo da autodeterminação, a partir de autores que também a concebem como um conceito de natureza jurídica.

Otávio Luiz Rodrigues Jr. discorre que a autodeterminação se associa à ideia de autogoverno, a qual possui origem no direito constitucional (art. 4º, III, da CRFB) e no Direito Internacional Público, como “prerrogativa de cada povo constituir-se em estado soberano, produzindo regras próprias sobre seus súditos e sobre a organização interna de suas instituições políticas”<sup>410</sup>. No âmbito do direito privado, a autodeterminação é por ele referida como “uma categoria jurídica mais ampla que a autonomia privada da vontade”, que corresponde a “um poder juridicamente reconhecido e socialmente útil, de caráter ontológico, baseado numa abertura do homem para o mundo e suas experiências e solicitações sensíveis ou não”<sup>411</sup>, ou seja, um poder de autogestão dos próprios interesses quanto às mais distintas esferas da vida (a exemplo das relações familiares, religião e partidos políticos).

Note-se que tanto Sousa Ribeiro quanto Otávio Luiz Rodrigues Jr. vinculam a autodeterminação a uma dimensão política e positiva da liberdade, aproximando-a antes de um poder do que uma manifestação da liberdade negativa. No entanto, Rodrigues Jr. associa o conceito de autodeterminação à concepção de “autovinculação” de José Joaquim Gomes Canotilho, que consiste em uma vinculação de indivíduos e sociedades a determinados preceitos direcionados a “resolver os problemas resultantes da racionalidade imperfeita”<sup>412</sup>. Nesse sentido, esclarece Rodrigues Jr.:

---

<sup>410</sup> RODRIGUES JR. Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004, p. 126.

<sup>411</sup> Ibid., p. 126.

<sup>412</sup> Id.

A autovinculação, que se expressa de um modo positivo ou negativo, daria margem ao autogoverno dos indivíduos, mediante a pré-seleção de condutas pelas regras constitucionais, seja mediante restrições ou exigências, que resultariam em um comportamento ótimo dos homens, fundado na dignidade da pessoa humana, voltado à extinção das espécies discriminatórias (por etnia, sexo ou opção ideológica) ou à educação para condutas justas e úteis<sup>413</sup>

Essas ideias de comportamento ótimo e pré-seleção de condutas pelas regras constitucionais, para atingir uma “racionalidade perfeita” ou “condutas justas e úteis”, ainda que sob a invocação da dignidade da pessoa humana e de extinção da discriminação, trazem consigo um grave risco de se inserirem como atentatórias contra condutas, vivências e concepções de mundo que destoem das hegemônicas, como alertam Isaiah Berlin e Daniel Sarmiento. De fato, a pretensão de se direcionar condutas a determinado sentido, para adequá-las a uma “racionalidade mais perfeita” torna a autovinculação muito próxima da heteronomia e da autonomia racionalista e universalista do pensamento kantiano e suscita todas as críticas já apresentadas em relação a ela<sup>414</sup>.

No presente estudo, busca-se afastar a autodeterminação da moralidade transcendente ou mesmo da visão de dignidade como heteronomia, conforme anteriormente se apontou, porque isso pode implicar na imposição de concepções majoritárias sobre modos de viver e, assim, excluir diferentes visões de mundo da esfera de proteção jurídica.

Com essa ressalva, adota-se a compreensão presente em Sousa Ribeiro e em Otávio Luiz Rodrigues Jr., no sentido de que a autodeterminação pode ser compreendida como expressão da liberdade positiva, que alcança não apenas a autorregulamentação de interesses patrimoniais e extrapatrimoniais pela via negocial da autonomia privada, como também outras formas não

---

<sup>413</sup> RODRIGUES JR. Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004, p. 126.

<sup>414</sup> Nesse ponto, destaque-se a crítica de Schulman, ao discorrer que “Cingir as escolhas apenas à prática de atos previamente definidos como sensatos e socialmente aceitos, supõe uma justaposição de razão e adequação moral que não pode prevalecer. Isso não significa que a liberdade deva ser entendida como a possibilidade de realizar tudo, todavia, não pode ser apenas a possibilidade de seguir uma rota predeterminada pelo legislador ou pela sociedade segundo seu padrão de bons costumes”. SCHULMAN, Gabriel. **Internação forçada, saúde mental e drogas**: é possível internar contra a vontade? Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 251.

negociais de liberdade, como o poder de definir os rumos da própria vida e de manifestar a própria subjetividade.

No intuito de possibilitar maior abrangência do conceito e de sua capacidade para alcançar expressões puramente existenciais da liberdade, apresenta-se a concepção de autodeterminação do autor italiano Stefano Rodotà. Para Rodotà, a liberdade pessoal exige uma laicidade moral e uma transferência de poder (ou soberania), para que o indivíduo possa definir aspectos da vida que não podem ser decididos pelo legislador ou por terceiros (*indecidibles*)<sup>415</sup>, como aqueles relacionados ao corpo (especialmente a submissão a procedimentos médicos e uso de material genético), às informações pessoais, dentre outros.

Rodotà defende um direito fundamental à autodeterminação como algo distinto da autonomia privada, pois reconhece que tanto a autonomia como as regras sobre consentimento “foram construídas tendo como ponto de referência as dinâmicas de mercado e as consequentes exigências de certeza na circulação dos bens”<sup>416</sup>. Para ele, a “autodeterminação se identifica com o projeto de vida realizado e desejado pela pessoa”<sup>417</sup>, de modo que o itinerário existencial (estilo de vida, convicções éticas ou religiosas) pode ser considerado para aferir a vontade efetiva das pessoas, sobretudo quando elas não dispõem de condições de fazê-lo expressamente (como aqueles pacientes em coma)<sup>418</sup>.

Ao propor a necessidade de se atentar para o itinerário de vida individual, pode-se inferir que Rodotà preconiza o respeito às vivências, convicções e modos de vida, afastando-se de uma racionalidade kantiana e de uma manifestação pontual de vontade com projeção de efeitos futuros, ou seja, da ideia de autonomia privada e de negócio jurídico. Essa compreensão representa uma das possibilidades de aplicação prospectiva<sup>419</sup> do conceito de

---

<sup>415</sup> RODOTÀ, Stefano. Autodeterminação e laicidade. Trad. de Carlos Nelson de Paula Konder. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 17, p. 139-152, jul./set. 2018, p. 141.

<sup>416</sup> Ibid., p. 144.

<sup>417</sup> Ibid., p. 145.

<sup>418</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. A terminalidade da vida. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **O direito e o tempo**: Embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 155-178.

<sup>419</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 9.



autodeterminação, uma vez que aponta para a possibilidade de utilização da vivência humana como meio de apuração da vontade individual em situações sensíveis, nas quais não há um documento que a formalize e em que a pessoa não esteja em situações de exprimi-la. Nesses casos, seria exigível um acervo probatório consistente, a permitir a identificação dessa vontade, por meio da análise da vida daquela pessoa concreta.

Assim como Daniel Sarmiento, Rodotà aponta para as ambiguidades presentes no princípio da dignidade da pessoa humana, quando é invocado para a restrição das escolhas ou modos de vida individuais e imposição autoritária de valores, por meio da invocação de uma moral normativa<sup>420</sup>. O autor defende que a presença pública nas escolhas existenciais privadas deve ser consciente, direcionada à proteção da igualdade substancial e da diversidade, o que permite a imposição de condicionamentos, como aqueles que buscam excluir a mercantilização do corpo e de suas partes. No entanto, essa presença pública não pode se direcionar à imposição de concepções de bem viver ou de modos de vida que sejam reputados mais adequados, a partir de um ponto de vista estritamente moral.

Diante das críticas e ponderações já realizadas, adota-se o posicionamento de Rodotà, no sentido de que a autodeterminação também não deve ser invocada com base na compreensão de dignidade da pessoa humana como heteronomia, para a imposição de valores estritamente morais.

A partir dessa análise teórica da autodeterminação, nota-se que nenhum dos autores mencionados a designa como uma liberdade preponderantemente negativa: não se trata de meros espaços de não regulamentação, livres a qualquer atuação do Estado ou alheios ao contexto social. O que predomina na definição de autodeterminação é o reconhecimento e tutela jurídica da normatividade de escolhas, projetos de vida, modos de viver e vivências que podem exceder o substrato negocial da autonomia privada e que também se inserem em um conceito contemporâneo de privacidade.

---

<sup>420</sup> “A vida não é sua, é de outros, de um Deus que te a deu, de um Estado que dela se apossa, de uma sociedade que a quer controlar, de um poder médico que pretende a exclusividade da cura”. RODOTÀ, Stefano. Autodeterminação e laicidade. Tradução Carlos Nelson de Paula Konder. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 17, p. 139-152, jul./set. 2018, p. 146-147.

É importante considerar que o exercício da autodeterminação demanda um espaço de liberdade negativa, bem como a atuação positiva do Estado para que possa ser efetivado e garantido. Há, portanto, a interdependência entre as dimensões negativa, positiva e substancial da liberdade<sup>421</sup>, para que se alcance a efetividade. No entanto, a base semântica da autodeterminação se concentra na liberdade positiva (ou seja, na normatividade que emana do exercício da liberdade e da autorregulamentação dos próprios interesses, pela pessoa, sejam eles patrimoniais ou existenciais) e na necessidade de sua apreensão e reconhecimento pelo Direito.

A partir do raciocínio até então exposto, pode-se dizer que a base estrutural semântica da autodeterminação, extraída da análise da literatura jurídica, permite conceituá-la como um conceito amplo que pode ser apreendido em acepções mais estritas. Em um sentido amplo (lato), a autodeterminação se enquadra como a expressão jurídica por excelência da liberdade positiva e é definida como um poder de definição dos rumos da própria vida, seja em relação às situações jurídicas extrapatrimoniais ou patrimoniais, e pode ou não ter como substrato o negócio jurídico.

Note-se que a autonomia privada não esgota a autodeterminação, ao mesmo tempo em que a autodeterminação não abrange completamente a autonomia privada (porque esta não se circunscreve à liberdade positiva). Há uma intersecção entre esses dois conceitos, mas a autodeterminação é mais abrangente, porque alcança outras manifestações da liberdade positiva, para além daquela negocial, inserida no conceito de autonomia privada. Diante de sua amplitude conceitual e da ausência de vinculação a formalidades, pode-se dizer que a autodeterminação alcança gostos, preferências, vivências, modos de viver e expressões da subjetividade.

O conceito de autodeterminação pode ser ainda compreendido em um sentido mais específico de liberdade positiva, referente à esfera estritamente

---

<sup>421</sup> De fato, em grande parte das perspectivas até então examinadas, é possível constatar uma aproximação entre o que se conceituou como autodeterminação e a exigência: (i) de um espaço em que se possa vivenciar a própria liberdade, sem intervenções paternalistas, o que se aproxima de uma dimensão negativa de liberdade; (ii) do poder de ação e de autorregramento da própria conduta e de definição dos rumos da própria vida, que corresponde a uma dimensão positiva da liberdade; (iii) da existência de condições materiais, sociais e culturais que viabilizem o exercício desse poder, em uma expressão da dimensão substancial de liberdade.

extrapatrimonial. Esse conceito mais específico de autodeterminação existencial corresponde ao poder de definição dos rumos da própria vida em relação a questões existenciais. O conceito de autodeterminação existencial também dialoga e apresenta uma área de intersecção com a autonomia privada, que se concentra no conceito de autonomia privada existencial, mas é mais abrangente do que esta, pois pode ou não ser manifestado por meio de um negócio jurídico.

Conforme se mencionou, a autonomia privada existencial representa uma especificação da autonomia privada e versa sobre aspectos extrapatrimoniais, mas ainda se vincula ao substrato negocial. No entanto, diante de seu conteúdo (situações jurídicas existenciais) ela não deixa de ser, também, uma expressão do conceito de autodeterminação existencial. Por se situar nessa área intermediária entre a autonomia privada e a autodeterminação existencial, a autonomia privada existencial exige uma readequação da base estrutural negocial clássica (a exemplo dos institutos jurídicos da personalidade jurídica e capacidade jurídica, como já se mencionou) e a observância a exigências e princípios específicos<sup>422</sup>, ou mesmo a relativização de algumas dessas exigências, a depender do ato existencial que se tome por referência<sup>423</sup>.

É de se ressaltar, porém, que a autonomia privada existencial não esgota o conceito específico de autodeterminação existencial. Afinal, já se enfatizou a necessidade de se compreender a liberdade positiva para além de questões existenciais que não se enquadram no substrato do negócio jurídico, a fim de alcançar vivências, modos de vida e expressões da subjetividade. Por essa razão, compreende-se que a autodeterminação existencial pode ser

---

<sup>422</sup> Para Rose Maria Vencelau Meireles, essa expressão existencial da autonomia privada demanda a observância de princípios específicos que não se aplicam à autonomia privada em seu sentido clássico, quais sejam: a gratuidade; o consentimento qualificado; a cooperação; a revogabilidade e incoercibilidade; o princípio da confiança; o princípio da autorresponsabilidade; para além de regimes especiais aplicáveis a contratos que se referem à esfera da personalidade individual. MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 151-307.

<sup>423</sup> Gabriel Schulman aponta, por exemplo que “o exame da competência para autodeterminação existencial se coloca fora da lógica tradicional das incapacidades, calcada no discernimento/expressão de vontade” (p. 110). Para ele, é necessário “captar a complexidade da vida concreta e os distintos gradientes de aptidão de manifestação”, por meio de uma “análise contextual” pautada pela verificação de vulnerabilidades, risco ao paciente, urgência, reversibilidade, capacidade de argumentação, capacidade de escolha, e “coerência entre vontade e valores”. SCHULMAN, Gabriel. Esterilização forçada, incapacidade civil e o caso Janaína: “não é segurando nas asas que se ajuda um pássaro a voar”. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Canoas, v. 6, n. 2, p. 107-123, 2018, p. 110.

compreendida em um sentido ainda mais específico e essencial (ou, por assim dizer, mais puro), de “liberdade positiva vivida”<sup>424</sup> existencial.

Faz-se necessário esclarecer esse último conceito ainda mais estrito de autodeterminação existencial. Dos autores analisados, é possível verificar que vários deles fazem referência a projetos de vida e escolhas éticas, muitas vezes com referência ao pensamento kantiano, que pressupõe uma ação racional do sujeito e lhe imputa responsabilidade por ela. No presente estudo, busca-se evidenciar que há outros aspectos da ação humana, que não podem ser vinculados a uma escolha ou uma deliberação e não se submetem à mesma lógica de imputabilidade jurídica e responsabilidade, mas possuem relevância para o Direito. Esses outros aspectos da ação humana dizem respeito aos modos de vida e às vivências individuais, que podem ser associados à subjetividade e identidade e igualmente são merecedores de tutela jurídica. Nas palavras de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, é necessário “Proteger a(s) liberdade(s) vivida(s) e promover a vivência da(s) liberdades”, o que “não se satisfaz as com a garantia formal da autonomia privada, embora esta última também integre o conceito plural a que se denomina de liberdade(s)”<sup>425</sup>.

Entende-se que a vivência da própria liberdade também está na possibilidade de vivência da própria subjetividade, o que não significa pressupor um indivíduo atomizado ou dissociado das influências sociais e culturais, um sujeito racional capaz de dominar completamente a sua vida, ou mesmo uma liberdade como direito natural que suscita necessariamente a responsabilidade.

O conceito de “liberdade vivida”<sup>426</sup> formulado por Pianovski Ruzyk corresponde a uma dimensão positiva de liberdade, desvinculada da estrutura negocial e que, portanto, não se encaixa na autonomia privada. Esse conceito aponta para a necessidade de reconhecimento jurídico da normatividade que emana das escolhas e vivências do indivíduo, inclusive em suas relações e situações existenciais, mas não ilide a possibilidade de que, futuramente, essas relações e situações sejam alteradas, assegurando-se um direito de

---

<sup>424</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 128.

<sup>425</sup> Ibid., p. 345.

<sup>426</sup> Id.

arrependimento, revogação e alteração permanente em relação aos aspectos personalíssimos. Essa liberdade está associada à normatividade que decorre das vivências individuais e exige, no mínimo, a igual consideração e respeito por parte de terceiros, em referência à terminologia dworkiniana. Essa “liberdade positiva vivida”<sup>427</sup> é aplicável à esfera existencial e escapa às projeções do negócio jurídico, podendo ser utilizada para designar um desdobramento ainda mais específico e estrito da autodeterminação existencial.

Pode-se, assim, sustentar que a autodeterminação existencial é uma derivação mais específica da autodeterminação (em sentido amplo) e se apresenta como um conceito que orienta tanto a análise da autonomia privada existencial (na intersecção com a autonomia privada), como da “liberdade positiva vivida”<sup>428</sup>. A possibilidade de enquadramento da autodeterminação existencial como um direito fundamental dotado de corolários será esclarecida no capítulo seguinte, a partir da análise da prática jurídica jurisdicional, mais especificamente, a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal. Essa análise permitirá extrair a condensação da autodeterminação existencial em direitos mais específicos aplicáveis a diferentes áreas da existência humana, bem como deixará mais claras as zonas de intersecção entre a autonomia privada existencial e a autodeterminação existencial.

A análise teórica desenvolvida ao longo do presente capítulo permitiu traçar as bases semânticas envoltas nas categorias jurídicas de liberdade (e suas dimensões negativa, positiva e substancial), de autonomia privada e de autodeterminação (em sentido amplo e estrito), com sua diferenciação, contextualização e a apresentação de alguns aspectos problemáticos em relação a elas.

Em suma, é possível sistematizar e esquematizar os conceitos até então apresentados da seguinte maneira: (i) a autodeterminação (em sentido amplo) corresponde à expressão por excelência da liberdade positiva, o que permite designá-la como poder individual de ação, de definição dos rumos da própria

---

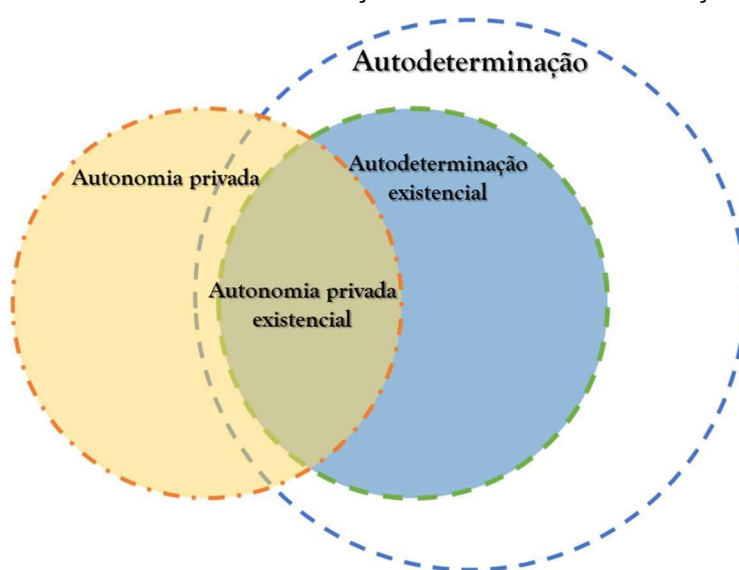
<sup>427</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 345.

<sup>428</sup> Ibid., p. 128.

vida e de regulação dos próprios interesses, sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais, podendo ou não ser manifestada pela via do negócio jurídico; (ii) a autonomia privada designa uma dimensão específica de liberdade positiva (embora a ela não se limite), consistente no poder de autorregulamentação dos interesses privados (patrimoniais e existenciais) por meio do negócio jurídico; (iii) a autodeterminação existencial é uma expressão mais específica da autodeterminação (em sentido amplo) e consiste na manifestação da liberdade positiva em relação a interesses existenciais, manifestados ou não pela via do negócio jurídico; (iv) a autonomia privada existencial consiste no poder de autorregulamentação dos interesses existenciais pela via do negócio jurídico e, portanto, se insere em uma zona de intersecção entre o conceito de autodeterminação existencial com o conceito de autonomia privada.

A sistematização proposta pode ser representada esquematicamente da seguinte maneira:

FIGURA 1 – SISTEMATIZAÇÃO DA AUTODETERMINAÇÃO



FONTE: A autora (2021).

A partir da sistematização acima ilustrada, compreende-se que a autodeterminação (em sentido amplo) é mais abrangente do que a autonomia privada (porque não se ampara em um substrato negocial). A autodeterminação, assim compreendida, engloba uma liberdade positiva de caráter negocial, o que constitui o cerne da autonomia privada (delimitada pela área de intersecção entre esses dois conceitos). A autodeterminação existencial é um conceito mais

específico da autodeterminação e corresponde à expressão por excelência da liberdade positiva de caráter existencial. Em suas manifestações negociais, a autodeterminação existencial apresenta uma área de intersecção com a autonomia privada, em que se insere o conceito específico de autonomia privada existencial<sup>429</sup>.

A partir dessa sistematização, nota-se que o conteúdo da autodeterminação excede a autonomia privada, assim como o conteúdo da autodeterminação existencial excede a autonomia privada existencial. É precisamente nesse espaço da autodeterminação existencial que excede à autonomia privada existencial que se insere a “liberdade positiva vivida”<sup>430</sup>, o que torna o conceito mais adequado para referenciar vivências, modos de vida e expressões da subjetividade que também são relevantes para o Direito Civil. Assim, a autodeterminação existencial se apresenta como expressão da autodeterminação e alcança a autonomia privada existencial e a “liberdade positiva vivida”<sup>431</sup>. Essa última se apresenta como um sentido ainda mais específico e, por assim dizer, “puro”, da autodeterminação existencial.

No próximo capítulo, a análise de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal tornará mais claro que a autodeterminação existencial apresenta carga principiológica e representa uma liberdade positiva que alcança os interesses existenciais, as escolhas e preferências, bem como vivências, modos de viver e de expressar a própria subjetividade.

O estudo teórico desenvolvido no presente capítulo buscou delinear as estruturas de sentido que permeiam os conceitos, enquadrá-los juridicamente e sistematizá-los de modo coerente com os princípios consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente a liberdade, como substrato da dignidade da pessoa humana. Essa análise das estruturas de

---

<sup>429</sup> Há situações jurídicas dúplices que ficam em uma zona fronteira entre a patrimonialidade e a extrapatrimonialidade, a exemplo dos contratos que envolvem a cessão remunerada do uso de imagem. Sobre o tema: Cf. KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Situações jurídicas dúplices: Controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). **Diálogos sobre direito civil – v. 3**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 3-23.

<sup>430</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011., p. 345.

<sup>431</sup> Id.

sentido dos conceitos e de seu enquadramento jurídico consistiu a primeira etapa do instrumental metodológico delineado no capítulo anterior.

O próximo capítulo busca dar continuidade à construção interpretativa do conceito de autodeterminação existencial, em uma perspectiva mais pragmática, a partir da análise de acórdãos do Supremo Tribunal Federal que utilizaram o termo “autodeterminação” e versaram sobre temas relacionados à esfera existencial que se vincula ao Direito Civil. A análise das decisões tem o objetivo de prosseguir na metodologia proposta no capítulo 1, para aferir como a Corte Constitucional brasileira tem interpretado e aplicado a autodeterminação existencial, com especial atenção aos tratamentos jurídicos atribuídos às categorias delineadas na sistematização. Com base nessa análise, pretende-se confirmar a distinção apresentada entre a autodeterminação existencial e a autonomia privada, bem como reforçar a importância de apreender a autodeterminação existencial nos termos propostos, isso é, como um conceito capaz de designar não apenas a autonomia privada existencial, como também diferentes expressões da liberdade que decorrem da vivência humana.



#### 4 A AUTODETERMINAÇÃO EXISTENCIAL NA APLICAÇÃO DO DIREITO

O instrumental metodológico apresentado no capítulo 2, a partir da conjugação entre a constitucionalização de Luiz Edson Fachin e a teoria do Direito como Integridade de Dworkin, evidenciou a importância da atuação do intérprete para a transformação da própria prática jurídica<sup>432</sup>. Nesse sentido, compete ao intérprete não apenas observar as estruturas semânticas que sustentam as categorias e institutos jurídicos, mas adequá-las à finalidade a que se destinam, considerados o contexto histórico-social em que a aplicação do Direito é realizada e as circunstâncias de cada caso concreto<sup>433</sup>.

No capítulo anterior, realizou-se a delimitação conceitual e a sistematização crítica das categorias jurídicas da liberdade, autonomia privada, autodeterminação e autodeterminação existencial, com base em aportes teóricos oriundos da filosofia e da literatura jurídica, o que possibilitou a identificação de seus conteúdos. A organização dos conceitos e de suas estruturas semânticas é relevante, porque revela a importância e a necessidade de um tratamento jurídico específico e adequado para cada uma das categorias jurídicas, tendo em vista a necessidade de ajuste à finalidade que as orienta.

As bases semânticas da autonomia privada remetem a uma declaração de vontade, pontual e identificável no tempo, com eficácia vinculante para o futuro, em relação a situações jurídicas privadas existenciais ou patrimoniais. Já a autodeterminação existencial possui uma importante intersecção com a autonomia privada, mas nela não se exaure, pois remanesce uma categoria ainda mais específica de autodeterminação existencial que pode ser compreendida como “liberdade positiva vivida”<sup>434</sup>. Esse conceito mais específico de autodeterminação existencial não se manifesta por meio de uma escolha

<sup>432</sup> No Direito brasileiro, a importância desse potencial transformador se evidencia, por exemplo, a partir do enquadramento jurídico da união estável e da união homoafetiva como entidades familiares, o que decorreu em grande parte de decisões que buscaram solucionar casos concretos (que, à época, caracterizavam-se como *hardcases*) e fornecer aos envolvidos uma resposta consentânea com o ordenamento jurídico, apreendido em sua unidade.

<sup>433</sup> “Direitos e deveres somente podem ser pensados concretamente, a partir de um discurso de aplicação, pois seu reconhecimento obriga considerar uma práxis jurídica legitimamente reconstruída”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 15.

<sup>434</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 128-129.

pontual, com projeção de efeitos para o futuro, mas corresponde à construção dos rumos da própria vida por meio do agir (ou seja, do comportamento) e demanda reconhecimento e tutela jurídica da normatividade que emana dessa vivência. Diante dessas distinções e em atenção à finalidade que corresponde, em essência, à promoção da liberdade<sup>435</sup> e à proteção da dignidade da pessoa humana, a autodeterminação existencial exige a observância de parâmetros específicos e adequados a cada uma de suas expressões, os quais nem sempre se ajustam aos parâmetros negociais da autonomia privada.

Assim, traçadas as estruturas semânticas que embasam cada um desses conceitos, por meio da sistematização crítica, dá-se continuidade à trajetória proposta no capítulo 2, com o direcionamento do estudo à prática jurisdicional, por meio da análise de acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, em casos que versaram a respeito de questões existenciais relevantes para o Direito Civil e aplicaram a categoria de autodeterminação existencial, nos termos antes delineados.

É oportuno esclarecer que essa análise jurisprudencial é conduzida pelo uso terminológico da expressão autodeterminação<sup>436</sup>, mas recai, principalmente, sobre o tratamento jurídico que é atribuído à liberdade existencial dos indivíduos, pelo Supremo Tribunal Federal. Em síntese, busca-se averiguar se essa liberdade está sendo tratada nos moldes clássicos da autonomia privada existencial, ou se, independentemente da terminologia utilizada<sup>437</sup>, ela recebe um tratamento diferenciado e compatível com a autodeterminação existencial, sobretudo quando se apresenta como “liberdade vivida”<sup>438</sup>.

---

<sup>435</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 149.

<sup>436</sup> Buscou-se um critério objetivo de seleção dos acórdãos a ser estudados e, por essa razão, a pesquisa recaiu sobre decisões que utilizaram o vocábulo “autodeterminação”. Há outras decisões que também poderiam potencialmente ser inseridas na temática abrangida pela autodeterminação existencial, segundo o significado delimitado pelo presente estudo, todavia, elas não foram incluídas, porque escaparam ao critério terminológico adotado, ou seja, não utilizaram a expressão “autodeterminação”.

<sup>437</sup> Conforme se verá, há posicionamentos que utilizam, indistintamente, as expressões autodeterminação e autonomia privada.

<sup>438</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Op. cit., p. 128-129.

Antes de se adentrar na análise do uso, aplicação e tratamento jurídico da liberdade existencial, pelo Supremo Tribunal Federal, algumas delimitações devem ser elucidadas em relação ao estudo de casos.

No capítulo 2, apontou-se que a pesquisa foi circunscrita à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, em razão de sua competência para realizar a interpretação, em última instância, da Constituição da República. Essa delimitação se justifica, porque a autodeterminação existencial é uma expressão do princípio constitucional da liberdade e está profundamente interconectada com os princípios da dignidade da pessoa humana, privacidade, pluralismo e não discriminação, o que permite situá-la no plano constitucional.

A seleção dos acórdãos se orientou pelo uso da expressão autodeterminação, mas também buscou alcançar temas relacionados com a autodeterminação existencial, no sentido proposto pela presente dissertação, em casos que interessam diretamente ao Direito Civil. Esses casos envolvem questões vinculadas à família, privacidade, intimidade, uso de dados pessoais, identidade, sexualidade, reprodução e religião, na continuidade do que Anderson Schreiber define como “marcha infinita da personalidade”<sup>439</sup>.

O recorte é necessário, porque a inserção do verbete “autodeterminação” na busca de jurisprudência do STF leva a quarenta e seis decisões<sup>440</sup> que utilizam a expressão em diferentes sentidos, alguns dos quais não possuem relação alguma com o sentido de autodeterminação existencial definido no capítulo anterior. Assim, não serão objeto de análise verticalizada os sentidos correspondentes à autodeterminação dos povos<sup>441</sup>, à autonomia privada em seu sentido patrimonial clássico<sup>442</sup>, à autodeterminação como

---

<sup>439</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 213.

<sup>440</sup> Informação extraída em pesquisa realizada junto ao endereço eletrônico do STF até a data de 25.02.2021. No entanto, observou-se que o vocábulo conjugado é utilizado também em outras decisões, a exemplo da ADI 5543. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **ADI nº 5543/DF**, Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 11 mai. 2020.

<sup>441</sup> Conceito que interessa ao Direito Constitucional e Internacional e é mencionado no seguinte acórdão: BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **RE nº 723651/PR**, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 04 fev. 2016.

<sup>442</sup> Nesse sentido, cf.: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **AI nº 62684/PR**, Relator: Min. Aliomar Baleeiro. Brasília, DF, 18 mar. 1975; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RE nº 210029/RS**, Relator: Min. Carlos Velloso. Redator do acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 12 jun. 2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RE nº 1123068/DF**, Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 23 ago. 2018.

capacidade de agir<sup>443</sup> e, ainda, à autodeterminação em sentido amplo<sup>444</sup>, por não guardarem relação temática com o presente estudo.

A filtragem recorreu, portanto, a um recorte simultaneamente terminológico e temático que permitirá analisar o tratamento jurídico conferido pelo Supremo Tribunal Federal às situações que se enquadram na autodeterminação existencial compreendida como poder de definição dos rumos da própria vida, em especial, como “liberdade positiva vivida”<sup>445</sup>.

Ainda é oportuno esclarecer que algumas das decisões selecionadas não se caracterizam como precedentes obrigatórios<sup>446</sup>, mas contribuem para a apreensão dos sentidos da autodeterminação existencial. Nesse ponto, não se pode olvidar que o instrumental metodológico adotado, notadamente a teoria de Dworkin, considera que o aplicador do Direito deve se preocupar em interpretá-lo de forma coerente e em observância à integridade e unidade do ordenamento jurídico, inclusive em relação a decisões e interpretações anteriores. Cada uma dessas decisões reflete uma interpretação do ordenamento jurídico que permite

---

<sup>443</sup> Sobretudo em ações penais ou processos administrativos disciplinares, cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 68131/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 18 set. 1990; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS nº 21029/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 15 jun. 1994; BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **MS nº 20882/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 23 jun. 1994. nº 20882/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 23 jun. 1994; BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC nº 71334/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 25 out. 1994; BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **MS nº 24729/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 mai. 2004; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RE nº 723651/PR**, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 04 fev. 2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RE nº 496718/RS**, Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Menezes Direito. Brasília, DF, 12 out. 2008; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 98266/RS**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 fev. 2010; BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC nº 101515/GO**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 03 ago. 2010; BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC nº 96939/MS**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 nov. 2010; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RHC nº 124084/RS**, Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 jun. 2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq. nº 3932/MS**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 21 jun. 2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 149897/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 31 ago. 2020.

<sup>444</sup> Nesse sentido, cf.: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **nº 4874/DF**, Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 01 fev. 2018.

<sup>445</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 345.

<sup>446</sup> Por precedente obrigatório, compreendem-se as decisões que necessariamente devem ser observadas por outros órgãos jurisdicionais, nos termos do art. 927 do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). No entanto, a definição do que é *precedente* para o ordenamento jurídico brasileiro envolve ampla discussão doutrinária, que não será objeto do presente estudo. A respeito das discussões em torno do que é precedente no âmbito do Direito brasileiro, permita-se a remissão à obra: VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: A mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

analisar os sentidos atribuídos aos conceitos e os tratamentos jurídicos que lhes foram conferidos, o que é relevante para a apreensão do Direito em sua integridade.

Por fim, convém ressaltar que a análise recai sobre os sentidos atribuídos à expressão autodeterminação, mas privilegia os contextos em que o uso da expressão ocorre e, especialmente, os tratamentos jurídicos conferidos pela Suprema Corte à liberdade existencial, à luz da sistematização crítica já desenvolvida. Por essa razão, há determinados acórdãos que foram objetos de uma análise mais minuciosa, ainda que o uso da expressão autodeterminação não tenha sido necessariamente proeminente ou exaustivo.

#### 4.1 A AUTODETERMINAÇÃO EXISTENCIAL E SEUS COROLÁRIOS

A presente seção foi organizada em subseções e cada uma delas versará sobre um dos corolários da autodeterminação existencial. São assim considerados porque correspondem a direitos fundamentais e princípios<sup>447</sup> já consagrados, de maneira autônoma, pela prática jurídica. Como se verá, todos eles dizem respeito a temas profundamente interconectados com os direitos da personalidade e com os direitos humanos, do que se extrai a sua importância para o Direito Civil e para a compreensão do tratamento jurídico de que é merecedora a autodeterminação existencial.

Diante da alocação da autodeterminação no plano constitucional e, ainda, da grande aproximação entre a autodeterminação existencial com a dignidade humana, é possível consignar, desde logo, que os corolários da autodeterminação refletem a necessidade de uma postura atenta e dialógica do intérprete em relação às convenções e diretrizes internacionais, bem como às decisões das Cortes Internacionais de Direitos Humanos.

---

<sup>447</sup> Como se verá ao longo da análise das decisões, não é incomum que a autodeterminação seja qualificada simultaneamente como poder jurídico, direito fundamental ou princípio. A partir dessas construções doutrinárias e jurisprudenciais, pode-se reforçar a compreensão da autodeterminação como um poder jurídico que se consubstancia em um direito fundamental que decorre do princípio da liberdade, por ser uma de suas expressões. Diante de seu caráter axiológico e aberto, é possível compreender a autodeterminação existencial também como um princípio norteador da interpretação de outras normas do ordenamento jurídico, em observância à integridade e à unidade do sistema jurídico.

Nesse ponto, é oportuna a referência ao “controle de convencionalidade”<sup>448</sup> e ao conceito de “Constituição trapézio”<sup>449</sup>, que traduzem a exigência de uma interpretação sistemática e coerentista do ordenamento jurídico que também considere as normas de direitos humanos consagradas em convenções internacionais, bem como as decisões das Cortes internacionais, atentando-se para o contexto de valorização de um diálogo inter-regional<sup>450</sup>.

A inserção da normatividade relativa aos direitos humanos no bloco de constitucionalidade está consagrada expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil, em especial em seu artigo 5º, parágrafos 2º e 3º. Esses dispositivos abrem espaço para o reconhecimento de direitos e garantias que decorrem dos princípios constitucionais ou de tratados internacionais ratificados pelo Brasil e, ainda, atribuem caráter constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos que sejam aprovados pelo mesmo procedimento exigido para as emendas constitucionais<sup>451</sup>. Aos tratados

---

<sup>448</sup> Nas palavras de Valério de Oliveira Mazzuoli, o controle de convencionalidade consiste na “compatibilização vertical das normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos (mais benéficos) em vigor no Estado”. Para o autor, no contexto brasileiro, o controle de convencionalidade é uma obrigação convencional oriunda do sistema interamericano de direitos humanos e uma obrigação decorrente da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 30.

<sup>449</sup> A expressão é de Flávia Piovesan, para quem a visão tradicional da Constituição no ápice da pirâmide da ordem jurídica representa um sistema jurídico endógeno e autorreferencial fundado na ideia de soberania do Estado, o que está sendo superado por um “novo paradigma” representado por um “trapézio com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice da ordem jurídica”. (p. 152). Assim, segundo a autora, “os parâmetros constitucionais somam-se os parâmetros convencionais, na composição de um trapézio jurídico aberto ao diálogo, aos empréstimos e à interdisciplinaridade, a ressignificar o fenômeno jurídico sob a inspiração do *human rights approach*”. PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**: prefácio de Fábio Konder Comparato. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 141.

<sup>450</sup> Nesse sentido, aponta-se que “o diálogo inter-regional tem fortalecido a jurisprudência protetiva de direitos, a capacidade dos sistemas de enfrentar novas agendas de direitos e a efetiva proteção dos direitos das vítimas, consolidando o potencial emancipatório do diálogo a ressignificar o alcance da justiça regional”. Id.

<sup>451</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (...)”.

incorporados ao ordenamento jurídico sem observância a este procedimento, confere-se um *status* supralegal<sup>452</sup>.

Em razão dessa compreensão dos direitos humanos como dotados de *status* constitucional ou supralegal no plano do direito interno e sem descurar de uma compreensão contemporânea distinta e ainda mais ampla de um “constitucionalismo multinível” – que demanda um diálogo interativo constante entre “diferentes planos protetivos para a realização dos direitos humanos”<sup>453</sup> –, buscou-se fazer referência a algumas diretrizes internacionais de direitos humanos que se mostraram relevantes para a análise dos temas e para elucidar o conteúdo de cada um dos corolários da autodeterminação, em especial a autodeterminação informativa, sexual e reprodutiva.

#### 4.1.1 Autodeterminação confessional ou religiosa

A liberdade religiosa é um dos mais relevantes direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República de 1988<sup>454</sup>. Ela se vincula à laicidade<sup>455</sup> e se exprime por meio das liberdades de consciência, de crença e de culto, o que permite inseri-la em uma esfera de proteção que visa resguardar a pessoa de ingerências indevidas pelo Estado e pela sociedade em relação a aspectos de caráter ético e moral<sup>456</sup>. Por essa razão, é vedado aos entes federativos “estabelecer cultos religiosos ou subvencioná-los”, bem como

<sup>452</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: O direito fundamental à proteção de dados. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; RODRIGUES JR., Octávio Luiz (Coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 46.

<sup>453</sup> FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. **Revista Ibérica do Direito**, Porto, v. 1, n. 1, p. 53-68, Jan/Jun 2020, p. 53. Para a autora, o “direito constitucional multinível” é “marcado pelo direito comparado e pelas trocas constitucionais que são essencialmente permeadas pelos diálogos entre sistemas jurídicos diversos” (p. 55), em uma visão pluralista e múltipla de uma rede dialógica voltada à proteção do ser humano concreto, por meio de “trocas e integração argumentativa” (Ibid., p. 60). A visão do constitucionalismo multinível é mais ampla do que o controle de convencionalidade, porque não se prende a um espaço estatal-institucional e envolve “compartilhamentos constitucionais” (Ibid., p. 59-60).

<sup>454</sup> Art. 5º, incisos VI, VII e VIII, art. 143, § 1º, art. 210, § 1º e art. 226, § 2º, da CRFB.

<sup>455</sup> Art. 19, I, CRFB.

<sup>456</sup> Anderson Schreiber esclarece que ela não está arrolada dentre os direitos da personalidade, mas sim dentre os direitos fundamentais, em razão da necessidade de sua afirmação frente ao Estado. SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 230.

“estabelecer com as entidades religiosas ou com seus representantes relações de dependência ou aliança”<sup>457</sup>.

No entanto, a liberdade religiosa e a laicidade também visam resguardar uma liberdade existencial positiva em relação às convicções pessoais. Segundo Flávia Piovesan, o Estado laico é um “instrumento jurídico-político para a gestão das liberdades e dos direitos”<sup>458</sup> e corresponde à compreensão de que “todas as religiões merecem igual consideração e profundo respeito”<sup>459</sup>, sem que qualquer delas possa prevalecer frente às demais. Nesse sentido, a laicidade se projeta em um plano dúplice que, de um lado, “tutela os ideais professados pelas mais diversas crenças religiosas” e, de outro, circunscreve “uma esfera estatal livre dessas influências”<sup>460</sup>.

É importante consignar que a liberdade religiosa é vista historicamente como a origem da liberdade de expressão e da liberdade intelectual<sup>461</sup> e também pode ser compreendida como “ponto de partida da filosofia da tolerância”<sup>462</sup>. Isso porque a luta histórica pela separação entre Estado e religião se consolida a partir da “constatação de que as verdades centralizadas pelo Estado são geradoras de mais intolerância e violência do que o debate aberto entre (...) posições colidentes”<sup>463</sup>.

É possível sustentar, portanto, que a liberdade religiosa se desenvolve com a Modernidade e representa o resultado de uma incessante busca pela autodeterminação existencial que abrange o poder de se viver a vida que se valoriza, segundo a própria religião e, em um plano mais amplo, segundo as próprias convicções e concepções de bem. Afinal, a proeminência da liberdade

---

<sup>457</sup> SILVA, Marcos Alves da. A questão da homofobia: Fundamentalismo religioso e intolerância no Estado Democrático de Direito. In: ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: 2016, p. 152.

<sup>458</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**: prefácio de Fábio Konder Comparato. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 374.

<sup>459</sup> Id.

<sup>460</sup> Id.

<sup>461</sup> SILVA, Júlia Alexim Nunes da. Conceito de liberdade artística na Constituição Portuguesa de 1976. In: MIRANDA, Jorge. (Org.). **Direitos fundamentais**: uma perspectiva de futuro. São Paulo: Atlas, 2013, p.125.

<sup>462</sup> VAZ, Livia Maria Santana e Sant’Anna. A igualdade racial no âmbito das relações jurídico-privadas: não discriminação e obrigação de contratar. In: MIRANDA, Jorge. (Org.). **Direitos fundamentais**: uma perspectiva de futuro. São Paulo: Atlas, 2013, p. 290.

<sup>463</sup> Ibid., p. 126.



religiosa é fruto da contraposição às tentativas de imposição heterônoma de leis morais pelo Estado teológico e reflete a busca da não identificação entre Estado e religião e, em uma perspectiva mais ampla, entre Estado e moral. A esse respeito, convém citar o entendimento de Jorge Reis Novais:

Num Estado de Direito que, desde seus primórdios, se funda na autonomia individual e na separação Estado/Moralidade e que hoje reconhece na dignidade e autodeterminação individuais, no pluralismo de representação e valores e na tolerância uma dimensão constitutiva da sua organização social e política, a lei moral só em condições muito estritas e residuais pode aspirar a assumir relevância jurídica enquanto fundamento autônomo, distinto do que é proporcionado pela ordem pública, os direitos dos outros ou os interesses da comunidade, para sua concretização restritiva da liberdade mediada pelo legislador<sup>464</sup>.

Nota-se, portanto, que o tema é profundamente relacionado a uma compreensão substancial de democracia e à autodeterminação existencial, no sentido proposto pelo presente estudo. Não por outra razão, Marcos Alves da Silva afirma que “a leniência ou mesmo a abstinência do Estado em relação a intolerância nas relações interprivadas permite o esfacelamento do projeto democrático”<sup>465</sup>.

A laicidade que se associa à autodeterminação religiosa preconiza um pluralismo de valores que se mostra incompatível com a moral universal racionalista presente no pensamento kantiano<sup>466</sup>. Inclusive, é a laicidade que sustenta a compreensão de Stefano Rodotà a respeito da autodeterminação. Como visto, para ele, a liberdade pessoal exige uma laicidade moral e uma transferência de poder (ou soberania), para que o indivíduo possa definir aspectos da vida que não podem ser decididos pelo legislador ou por terceiros<sup>467</sup>.

---

<sup>464</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 483.

<sup>465</sup> SILVA, Marcos Alves da. A questão da homofobia: Fundamentalismo religioso e intolerância no Estado Democrático de Direito. In: ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: 2016, p. 151.

<sup>466</sup> “Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins”. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad.: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 77.

<sup>467</sup> RODOTÀ, Stefano. Autodeterminação e laicidade. Tradução Carlos Nelson de Paula Konder. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 17, p. 139-152, jul./set. 2018, p. 141.

Essa associação entre autodeterminação religiosa e laicidade permite sustentar o papel do Estado Constitucional de promover o pluralismo e tomar decisões contramajoritárias destinadas à proteção das minorias, ou seja, assegurar a liberdade positiva das pessoas quanto a suas convicções pessoais de bem, sejam elas religiosas, políticas, morais ou filosóficas.

Não se pode olvidar que a liberdade religiosa é um direito fundamental que se interconecta com os direitos da personalidade e também repercute sobre as relações privadas, exigindo soluções jurídicas consentâneas com o propósito constitucional de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”<sup>468</sup>. Nesse sentido, a interconexão entre a categoria da autodeterminação existencial e o pluralismo de valores também transparece no magistério de Ana Carolina Brochado Teixeira, com referência à secularização:

Hoje, contudo, com a ausência de um deus – ou uma concepção religiosa unificadora, um ethos único – que una as pessoas ou que imponha certas condições de sobrevivência no sistema, em um processo cada vez mais acentuado de secularização da sociedade e de multiplicidade de valores, cada um pode construir, com inteira liberdade, seu próprio caminho de acordo com seus anseios, com autonomia, já que todos são coautores da constante construção da sociedade. É uma realidade que permite o autogoverno, bem como a responsabilização pelas escolhas feitas. Trata-se de um processo permitido a todos, em um sistema de liberdades equivalentes para cada pessoa. Todos, independentemente de seus projetos, têm igual valor para o direito, pois o que mudou foi que o indivíduo passou a ter importância pelo simples fato de ser pessoa, que pode elaborar seus projetos e viver segundo as próprias concepções, com as próprias singularidades. Por isso, cada um possui, igualmente, direito de interpretar o que, para si, venha a ser liberdade, bem como suas manifestações e projeções em sua própria vida<sup>469</sup>.

É interessante notar que Ana Carolina Brochado Teixeira utiliza a expressão autonomia não em um sentido clássico equivalente à autonomia privada, mas para designar precisamente o que, nessa dissertação, buscou-se designar como autodeterminação existencial, inclusive com referência ao autogoverno, à construção dos próprios caminhos e ao viver segundo as próprias concepções de bem.

---

<sup>468</sup> Art. 3º, I, da CRFB.

<sup>469</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun., 2018, p. 77.

Diante dessas reflexões, tem-se que autodeterminação religiosa é um dos corolários da autodeterminação existencial que permite sustentar, com maior clareza, a necessidade de uma perspectiva plural sobre as diferentes concepções de bem. Com efeito, se a autodeterminação existencial pode ser definida com o poder de definição dos rumos da própria vida, é a dimensão positiva da liberdade religiosa que permite reconhecer que os “grupos religiosos têm o direito de constituir suas identidades em torno de seus princípios e valores, pois são parte de uma sociedade democrática”<sup>470</sup>.

Com base nessa perspectiva, é relevante salientar que a liberdade religiosa não se exprime somente por meio do exercício do proselitismo e pela participação em cultos e rituais. Ela também se expressa por modos de vida, convicções religiosas e concepções de mundo que nem sempre se ajustam às posições majoritárias. Há, no entanto, uma grande “dificuldade de aceitação de práticas e hábitos religiosos distintos daqueles majoritariamente aceitos e incorporados como ‘naturais’ pelo inconsciente coletivo”<sup>471</sup>. Desse modo, as religiões também abarcam vivências religiosas que podem ser vulneradas frente às posições e valores dominantes e, por essa razão, são merecedoras de especial tutela jurídica<sup>472</sup>. A efetividade dessa tutela demanda o reconhecimento da normatividade que emana dessas vivências e das escolhas delas decorrentes<sup>473</sup>. Insere-se, aqui, a relevância de se compreender a

---

<sup>470</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**: prefácio de Fábio Konder Comparato. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 376.

<sup>471</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 232.

<sup>472</sup> Nesse aspecto, Heloísa Helena Barboza enfatiza que a tutela jurídica deve alcançar as pessoas e resguardá-las em sua vulnerabilidade, “não só nas relações econômicas, como nas de consumo, mas em todas as suas relações, especialmente as de natureza existencial, e a tutela específica (concreta), de todos os que se encontrem em situação de desigualdade, por força de contingências (vulnerabilidade potencializada ou vulnerados), como forma de assegurar a igualdade e a liberdade, expressões por excelência da dignidade humana” BARBOZA, Heloísa Helena. Reflexões sobre autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 420.

<sup>473</sup> Para Piovesan, as “peculiaridades subjetivas são consideradas importantes fatores da diversidade promotora da proteção dos direitos humanos, em especial no que toca às coletividades e grupos vulneráveis”, razão pela qual o exercício de alteridade e tolerância são cogentes em um Estado comprometido com os direitos humanos. PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 374.

autodeterminação religiosa também como “liberdade positiva vivida”<sup>474</sup> e, sobretudo, de lhe atribuir um tratamento jurídico específico e diferenciado.

Ao longo da presente subseção, pretende-se demonstrar que a autodeterminação religiosa – como um desdobramento da autodeterminação existencial – pode ser exprimida tanto por meio da autonomia privada existencial quanto por meio de vivências de liberdade e demanda um tratamento jurídico consentâneo com a finalidade de proteção à dignidade da pessoa humana, em relação a cada uma dessas expressões. Como se apontou, não são raras as violações a esse direito fundamental pela sujeição de valores e cosmovisões minoritárias a posições hegemônicas. Isso pode ser constatado, por exemplo, no “caso das testemunhas de Jeová, compelidas, muitas vezes, a receber transfusão de sangue por conta de uma suposta superioridade da vida humana em relação à (sua) escolha religiosa”<sup>475</sup>.

São justamente dois casos que envolvem a convicção religiosa das testemunhas de Jeová que suscitaram a referência ao direito fundamental de autodeterminação confessional (ou religiosa), pela Corte Constitucional brasileira. Embora o mérito dos recursos ainda não tenha sido julgado, a incorporação e o tratamento jurídico atribuído à autodeterminação confessional, pelo discurso operativo do Direito, fortalece a densidade normativa da expressão, bem como a sistematização desenvolvida no capítulo anterior.

No Recurso Extraordinário nº 1.212.272, foi reconhecida a repercussão geral em relação ao “Direito de autodeterminação confessional dos testemunhas de Jeová em submeter-se a tratamento médico realizado sem transfusão de sangue”<sup>476</sup>. No caso, a consciência religiosa foi invocada pela autora para submissão a procedimento cirúrgico sem uso de transfusão de sangue, o que

---

<sup>474</sup> Cf.: PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 128-129.

<sup>475</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 231. O autor prossegue sobre outras violações que acabam por interferir na liberdade religiosa: “Mecanismos cotidianos, como os horários de funcionamento dos estabelecimentos públicos, os trajes exigidos em determinadas situações sociais, as cerimônias cívicas, o cardápio dos refeitórios públicos, as normas de comportamento em empresas privadas e instituições de ensino raramente se encontram adaptados às necessidades fundamentais de religiões minoritárias, o que acaba por exigir o recurso ao Poder Judiciário para assegurar a liberdade de culto” (Ibid., p. 231).

<sup>476</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RE nº 1212272/AL**, Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 24 out. 2019.

lhe fora negado em primeiro e segundo graus de jurisdição em razão da ausência de “garantias técnicas” de que a cirurgia pudesse ocorrer “sem riscos para a autora, a partir dos procedimentos médicos por ela pretendidos<sup>477</sup>”. Em suma, a pretensão formulada busca a exclusão até mesmo da utilização eventual de hemoderivados alogênicos<sup>478</sup>. Apontou-se, no acórdão, que a autora “é pessoa maior de idade, plenamente capaz, lúcida e orientada”<sup>479</sup> e que ela manifestou vontade de se submeter ao tratamento de saúde sem o uso de transfusões de sangue alogênico, mas a realização da cirurgia foi condicionada à assinatura de termo de consentimento que previa autorização para eventuais transfusões sanguíneas, de modo que sua escolha, evidentemente existencial, não seria plenamente observada.

A repercussão geral foi admitida com base no fato de que a discussão versa sobre o “direito de autodeterminação confessional”, que “possui natureza constitucional e inegável relevância”<sup>480</sup>, porque se vincula à liberdade de consciência, à liberdade de crença, à liberdade religiosa – a qual envolve “o direito de confessar ou não a uma fé e o direito contra qualquer forma de agressão a sua crença”<sup>481</sup> –, bem como à dignidade da pessoa humana<sup>482</sup>. Nessa decisão, além de se qualificar explicitamente a autodeterminação confessional como um direito fundamental autônomo, seu conteúdo pode ser identificado como a dimensão positiva da liberdade religiosa, nos termos antes mencionados. Nesse sentido, o que está em discussão é a necessidade de observância, pelo Estado e por terceiros, da normatividade que emana de escolhas e convicções de natureza religiosa, mais especificamente da própria crença, que, no caso, não admite a possibilidade de transfusão de sangue alogênico.

---

<sup>477</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RE nº 1212272/AL**, Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 24 out. 2019, p. 5.

<sup>478</sup> Houve *distinguishing* em relação à matéria discutida no tema 952 da repercussão geral RE-RG 979.742, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, em que se admitiu a discussão quanto à possibilidade de custeio, pelo Estado, de tratamento médico diferenciado (e indisponível no sistema público) em razão de convicção religiosa (este caso será analisado adiante).

<sup>479</sup> Ibid., p. 3.

<sup>480</sup> Ibid., p. 8.

<sup>481</sup> Ibid., p. 7.

<sup>482</sup> “Nesse contexto, a possibilidade de paciente submeter-se a procedimento cirúrgico com a opção de não receber transfusão de sangue, em respeito a sua autodeterminação confessional, é questão diretamente vinculada ao direito fundamental à liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI), além de outros princípios e garantias constitucionais, como os insculpidos no art. 1º, II e III; art. 3º, I e IV; art. 5º, caput, da CF”. Ibid., p. 8.

Não há dúvidas de que a questão exige a observância das três dimensões da liberdade referidas no capítulo anterior: a liberdade negativa, de não sofrer imposições ou limitações sociais e estatais sobre a crença e a convicção religiosa<sup>483</sup>; a liberdade positiva, como poder de exercer e vivenciar a própria religião, professar ou não alguma fé e até mesmo mudar de religião<sup>484</sup> e; a liberdade substancial, de ter garantida pelo Estado a efetiva vivência das escolhas e convicções religiosas. Todavia, a forma pela qual a expressão autodeterminação confessional é utilizada indica a proeminência da liberdade positiva, consistente na normatividade que decorre da opção, convicção e vivência religiosa e que impõe a sua observância (igual consideração e respeito) pelos demais integrantes da sociedade. A autodeterminação religiosa, assim compreendida, exige um tratamento jurídico específico para tutelar a pessoa no exercício da própria crença, religião, convicção e fé.

Deve-se mencionar que a fundamentação utilizada ao longo do acórdão demonstra que a autodeterminação religiosa pode se expressar por meio do exercício da autonomia privada existencial. Nesse sentido, há entendimento doutrinário no sentido de que as diretivas quanto à não submissão a determinados procedimentos médicos dependem de manifestação expressa da vontade, mediante termo de consentimento informado e da capacidade da pessoa para manifestá-la<sup>485</sup>. Não por outro motivo, apontou-se claramente na

---

<sup>483</sup> Essa dimensão negativa ainda engloba o direito de não ser obrigado a revelar qual é a sua religião ou fé, o que se associa à autodeterminação informativa que será abordada na próxima seção. Os dados pessoais sobre convicção religiosa são considerados dados sensíveis nos termos do art. 5º, II, da LGPD (Lei 13709/2018).

<sup>484</sup> Direito assegurado pelo artigo 12, item 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao dispor: “Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado”. Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992: Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 nov. 1992.

<sup>485</sup> Nos termos do Enunciado 533 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: “O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos”. Observe-se que Rose Melo Vencelau Meireles sustenta ser possível que as situações jurídicas existenciais sejam exercidas por meio da autonomia privada, inclusive quando resultem em limitação de aspectos da personalidade e quando voltadas à garantia “do livre desenvolvimento da pessoa” (p. 201). Para a autora exercício da autonomia privada existencial dependeria da observância dos princípios da gratuidade, consentimento qualificado, cooperação, revogabilidade e incoercibilidade, confiança e autorresponsabilidade

fundamentação da decisão que a autora era plenamente capaz, lúcida e orientada. Apesar dos entendimentos já assentados em torno do tema, mostra-se interessante a tese de Gabriel Schulman, no sentido de que a capacidade para a realização de escolhas relacionadas à saúde deve ser pautada pela “competência para atos existenciais”<sup>486</sup>, o que implica analisar, de modo substancial e contextual, o ato existencial que se tem em referência, as “múltiplas projeções de vida”<sup>487</sup>, eventuais vulnerabilidades, risco ao paciente, urgência, reversibilidade, capacidade de argumentação, capacidade de escolha<sup>488</sup>, e “coerência entre vontade e valores” e a “efetiva liberdade de escolha e adequada informação”<sup>489</sup>. Essa concepção menos rígida quanto às exigências associadas ao substrato negocial poderia, eventualmente, vir a permitir que o “itinerário existencial”<sup>490</sup> – que engloba o estilo de vida, convicções éticas ou religiosas – fosse utilizado para apurar o consentimento (ou ausência dele) em casos nos quais a pessoa sujeita ao procedimento médico não pudesse expressar a sua vontade<sup>491</sup>.

De modo geral, porém, nos demais aspectos vinculados ao exercício da liberdade religiosa, inclusive à escolha da própria religião ou de não ter religião alguma, bem como de adotar ou não determinada crença ou convicção religiosa, não há qualquer compatibilidade com as estruturas tradicionais da autonomia privada, pois não há necessidade de forma negocial, de declaração de vontade ou de capacidade jurídica. Nessas hipóteses, predomina o “poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de

---

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 203-271.

<sup>486</sup> SCHULMAN, Gabriel. Esterilização forçada, incapacidade civil e o caso Janaína: “não é segurando nas asas que se ajuda um pássaro a voar”. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Canoas, v. 6, n. 2, p. 107-123, 2018, p. 111.

<sup>487</sup> Ibid., p. 112.

<sup>488</sup> Ibid., p. 110.

<sup>489</sup> Ibid., p. 114.

<sup>490</sup> RODOTÀ, Stefano. Autodeterminação e laicidade. Tradução Carlos Nelson de Paula Konder. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 17, p. 139-152, jul./set. 2018, p. 145.

<sup>491</sup> Os critérios apontados por Schulman também são relevantes para se refletir sobre a autodeterminação existencial religiosa em situações ainda mais delicadas, como aquela das crianças e adolescentes que professam determinada religião, a exemplo das próprias testemunhas de Jeová, e manifestam recusa a se submeter a determinados tratamentos médicos. Essa situação específica expressa potencial aplicabilidade prospectiva da autodeterminação religiosa e demanda maiores desenvolvimentos teóricos e jurisprudenciais.

acordo com as suas preferências”<sup>492</sup> e, de modo ainda mais evidente, a autodeterminação existencial, em seu sentido mais específico, como “liberdade positiva vivida”<sup>493</sup>, merecedora de uma tutela jurídica própria de caráter contramajoritário, em observância à laicidade.

Assim, é possível dizer que o contexto de utilização da expressão autodeterminação religiosa, nesse caso, resvala na autonomia privada existencial, como um instrumento por meio do qual a pessoa manifesta vontade, com vistas à projeção de eficácia futura em relação ao tratamento médico a que deseja (ou não) se submeter. No entanto, a necessidade de respeito e observância a essa manifestação de vontade não decorre simplesmente do exercício da autonomia privada existencial, mas, antes, concentra-se na necessidade de proteção da própria autodeterminação existencial.

A autodeterminação religiosa também é mencionada na admissão da repercussão geral do Recurso Extraordinário 979.742<sup>494</sup>. O caso também envolve a transfusão de hemoderivados por testemunhas de Jeová, mas se refere ao direito sanitário de se obter o custeio, pelo Estado, de tratamento médico diferenciado em razão de convicção religiosa. O acórdão recorrido condenou União, Estado e Município ao pagamento de procedimento cirúrgico que dispensa a transfusão de sangue alogênico, não disponível no Sistema Único de Saúde. O voto proferido pelo Min. Roberto Barroso permite extrair uma significação bastante semelhante àquela já desenvolvida em torno da autodeterminação religiosa, como poder de vivenciar a própria crença, ou seja, de definir os rumos da própria vida e de ter respeitada essa convicção, ainda que se distancie da cosmovisão majoritária:

A questão constitucional trazida neste recurso extraordinário exige a determinação da extensão de liberdades individuais. É certo que a Constituição assegura, em seu art. 5º, inciso VI, o livre exercício de consciência e de crença. E é igualmente certo que essa liberdade acaba restringida se a conformação estatal das políticas públicas de

<sup>492</sup> MARTINS, Humberto. Liberdade religiosa e estado democrático de direito. In: SORIANO, Aldir; MAZZUOLI, Valério (Org.). **Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 99.

<sup>493</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 128-130.

<sup>494</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 979742/AM**, Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 26 jul. 2017.



saúde desconsidera essas concepções religiosas e filosóficas compartilhadas por comunidades específicas. Afinal, dizer que o direito social à saúde é apenas aquele concretizado por uma concepção sanitária majoritária traz em si uma discriminação às percepções minoritárias sobre o que é ter e viver com saúde. A capacidade de autodeterminação, i.e., o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade acabam constrangidas pelo acesso meramente formal aos serviços de saúde do Estado que excluem conformações diversas de saúde e bem-estar<sup>495</sup>.

Como é possível observar, o que está em discussão não é apenas a garantia jurídica da tolerância, por parte de terceiros, quanto às convicções religiosas individuais, mas o respeito e o reconhecimento dessas convicções, inclusive pelo sistema público de saúde. A pretensão dos recorrentes é a tutela jurídica efetiva da normatividade que emana de sua convicção, ou seja, da liberdade em sua dimensão positiva, sem que se possa invocar, a esse respeito, a validade ou não da escolha de não se submeter à transfusão de sangue, segundo concepções majoritárias de bem sobre a saúde e a própria vida.

Portanto, também nesse caso, não se trata de mera abstenção de interferências pelo Estado e pela sociedade (dimensão negativa da liberdade), pois é necessário que entidades públicas e privadas considerem e respeitem as convicções religiosas e viabilizem o seu exercício. O respeito a essa convicção envolve também uma dimensão substancial da liberdade, que se evidencia na discussão (ainda pendente de julgamento) sobre o dever estatal de custeio de um tratamento médico não disponível no sistema de saúde, no intuito de garantir a vivência da própria convicção religiosa.

Nesse ponto, é oportuno retomar a crítica já desenvolvida no capítulo 3 a respeito da utilização da dignidade da pessoa humana como heteronomia. A exigência de respeito e reconhecimento das diferentes convicções das minorias políticas, que resulta de uma democracia substancial e do pluralismo, impede a imposição de concepções majoritárias de bem àqueles que apresentam visões de mundo destoantes da hegemônica. A laicidade e o pluralismo das concepções de bem constituem o cerne que sustenta a própria liberdade religiosa. Desse modo, a invocação da dignidade do próprio detentor da convicção religiosa não pode ser invocada, nesses casos, para justificar limitações ou óbices ao seu

---

<sup>495</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 979742/AM**, Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 26 jul. 2017, p. 7.

exercício, porque isso implicaria na negação da própria autodeterminação religiosa. A esse respeito, consigne-se o entendimento de Thamís Dalsenter Viveiros de Castro e de Maria Celina Bodin de Moraes:

Com efeito, nesses casos, o paternalismo perde espaço para as convicções pessoais não só por se tratarem de hipóteses de exercício da liberdade assegurados constitucionalmente, mas também porque representam situações de conflitos verdadeiramente existenciais. Nessas situações, a observância do dever jurídico de preservação da integridade física (como pressuposto necessário à continuidade da vida) significaria uma violação da ordem psíquica, concluindo-se que esses espaços de liberdade, quando violados, são punidos com os aspectos subjetivos da própria personalidade<sup>496</sup>.

Todavia, é preciso salientar que o reconhecimento da autodeterminação confessional ou religiosa, como expressão do princípio da liberdade religiosa, não possui caráter absoluto, já que também encontra limites, notadamente quando confrontado com interesses jurídicos de terceiros. Nesse sentido, Viveiros de Castro e Bodin de Moraes apontam que, “independentemente da liberdade de escolha e das suas íntimas convicções, o sujeito não pode fazer do exercício de sua autonomia um risco à esfera jurídica de terceiros”<sup>497</sup>.

Essa também é a compreensão do STF. No RHC 146.303<sup>498</sup>, consignou-se que a liberdade religiosa decorre da liberdade de expressão e está relacionada ao direito à livre manifestação do pensamento, o que envolve a autonomia para professar e exprimir uma religião, um credo ou a ausência dele<sup>499</sup>. No entanto, considerou-se que essa liberdade não protege o ataque a culto alheio, uma vez que “a liberdade de crença (...) não se limita ao direito de construção de um pensamento religioso, envolvendo, também a possibilidade de que o destinatário dessa liberdade se autodetermine de acordo com seu credo”<sup>500</sup>. O posicionamento majoritário foi no sentido de que o réu, naquele caso, excedeu os limites atinentes ao proselitismo resguardado pela liberdade

---

<sup>496</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set./dez. 2014, p. 802.

<sup>497</sup> *Ibid.*, p. 801.

<sup>498</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC nº 146303/RJ**, Relator: Min. Edson Fachin. Redator do acórdão: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 06 mar. 2018.

<sup>499</sup> *Ibid.*, p. 31

<sup>500</sup> *Ibid.*, p. 32.

religiosa, aproximando-se de um discurso discriminatório e de ataque à crença alheia, incompatível com os preceitos constitucionais.

A partir desse caso concreto, é possível assimilar a autodeterminação a um poder de vivenciar as próprias convicções, cujo exercício também está limitado por direitos fundamentais e princípios constitucionais, dentre os quais a própria autodeterminação confessional de terceiros, que possuem o direito de vivenciar e professar sua religião ou de viver em conformidade com suas próprias convicções morais. Esse entendimento ressoa também na doutrina, a partir da compreensão de que a liberdade religiosa não se compatibiliza com discursos fundamentalistas, que se caracterizam como intolerância ao diverso<sup>501</sup>. Como aponta Marcos Alves da Silva, a “luta por um país no qual haja lugar para a coexistência digna de todos não é travada apenas em face do fundamentalismo religioso”, mas é “uma luta contra todo tipo de dogmatismo e intolerância”<sup>502</sup>.

Os três casos mencionados fazem referência à autodeterminação como fruto da conjugação entre o direito de liberdade religiosa e a dignidade da pessoa humana. O tratamento conferido à autodeterminação confessional permite defini-la como uma liberdade positiva, ou seja, como poder individual de se definir os rumos da própria vida e de vivenciá-los em relação à fé, às convicções religiosas e filosóficas e aos valores morais. Conforme se mencionou, há a possibilidade de que essa autodeterminação se expresse por meio do exercício específico e pontual da autonomia privada existencial, consistente na assinatura de termo de consentimento informado, com projeção de efeitos futuros, na definição de procedimentos relacionados à saúde. No entanto, o tratamento atribuído à autodeterminação confessional, pelas decisões, permite compreendê-la como algo distinto e mais amplo do que a autonomia privada existencial, já que a expressão é usada para referenciar a necessidade de observância às escolhas individuais e à vivência da própria religião e da própria crença, os quais se

---

<sup>501</sup> SILVA, Marcos Alves da. A questão da homofobia: Fundamentalismo religioso e intolerância no Estado Democrático de Direito. In: ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: 2016, p. 153-156.

<sup>502</sup> Ibid., p. 159.

enquadram como manifestações da “liberdade positiva vivida”<sup>503</sup> e que são igualmente merecedoras de especial tutela jurídica.

É importante salientar, por fim, que há uma importante correlação entre o respeito à autodeterminação confessional e a liberdade e igualdade substanciais, as quais demandam do Estado a implementação de políticas públicas direcionadas a minimizar a discriminação. Não por outro motivo, Humberto Martins defende que “o Estado tem que fomentar através das leis e de campanhas institucionais, o respeito à diversidade religiosa”<sup>504</sup>. Enfatiza-se, assim, a necessidade de se atribuir eficácia social e jurídica às diferentes convicções religiosas, ainda que minoritárias, em uma perspectiva que sobreleva as dimensões substancial e positiva da liberdade, pois demanda a observância da normatividade que decorre da vivência religiosa, pela pessoa.

#### 4.1.2 Autodeterminação informativa ou informacional

A autodeterminação informativa pode ser considerada um dos desdobramentos da autodeterminação existencial com maior enfoque na sociedade contemporânea<sup>505</sup>. Ela está profundamente associada à garantia constitucional da inviolabilidade da vida privada e da intimidade<sup>506</sup> e foi explicitamente positivada como um dos fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais<sup>507</sup>, ao lado da privacidade. Assim, segundo o marco regulatório contemporâneo, é possível alocar normativamente a

---

<sup>503</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 345.

<sup>504</sup> MARTINS, Humberto. Liberdade religiosa e estado democrático de direito. In: SORIANO, Aldir; MAZZUOLI, Valério (Org.). **Direito à liberdade religiosa**: desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 109.

<sup>505</sup> Danilo Doneda atribui essa proeminência ao “incremento no volume e na própria importância do tratamento de dados pessoais para a sociedade, que, desde então, procede em ritmo incessante com a adoção de tecnologias que tratam dados pessoais de forma intensiva”. tratado de proteção. DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; RODRIGUES JR., Octávio Luiz (Coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 22.

<sup>506</sup> Art. 5º, X, da CRFB.

<sup>507</sup> Art. 2º, incisos I e II, da Lei nº 13.709/2018: Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I - o respeito à privacidade; II - a autodeterminação informativa. (...).

autodeterminação informativa como um direito autônomo e basilar para a proteção dos dados pessoais.

No plano doutrinário, considera-se a autodeterminação informativa como “um direito ativo de controle do fluxo de informações que afeta cada sujeito”<sup>508</sup>. Esse direito foi inicialmente consagrado por meio de uma decisão emblemática<sup>509</sup> do Tribunal Constitucional alemão, de 1983, a respeito da lei do recenseamento alemão de 1982, como esclarece Laura Schertel Mendes:

Nesse julgamento histórico, o Tribunal radicalizou o conceito do livre controle do indivíduo sobre o fluxo de suas informações na sociedade e decidiu pela inconstitucionalidade parcial da referida lei, ao argumentar a existência de um direito à “autodeterminação informativa” (informationelle Selbstbestimmung) com base nos artigos da Lei Fundamental que protegem a dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade, (...) <sup>510</sup>.

Também fazendo referência a esse julgamento emblemático, Danilo Doneda aponta que a autodeterminação informativa se origina a partir do direito geral de personalidade e se volta a “garantir ao cidadão o direito de controlar a amplitude da divulgação ou utilização de qualquer aspecto relacionado a sua personalidade por meio de seus dados pessoais”<sup>511</sup>.

A vinculação da autodeterminação informativa com o livre desenvolvimento da personalidade e com o controle do indivíduo sobre as suas informações personalíssimas permite aproximá-la da autodeterminação existencial, nos termos propostos pelo presente estudo. Não se pode desconsiderar, nesse sentido, que a autodeterminação existencial corresponde a um poder de definição dos rumos da própria vida e “gerir livremente sua esfera

<sup>508</sup> SYLVESTRE, Fábio Zech. O direito fundamental à privacidade em face da administração pública: uma análise à luz da teoria geral dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge. (Org.). **Direitos fundamentais: uma perspectiva de futuro**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 232.

<sup>509</sup> A doutrina aponta que esse julgamento foi decisivo para o desenvolvimento do direito de proteção de dados: “ao reconhecer uma garantia constitucional específica relacionada à proteção de dados pessoais”, caracterizada como o direito de autodeterminação informacional. DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; RODRIGUES JR., Octávio Luiz (Coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 27.

<sup>510</sup> MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: Linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 30.

<sup>511</sup> DONEDA, Danilo. Op. cit., p. 28,

de interesses”<sup>512</sup> o que também envolve o poder de controle do indivíduo em relação aos seus próprios dados pessoais, notadamente aqueles considerados sensíveis por estarem vinculados à “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico”<sup>513</sup>.

Com efeito, a qualificação da autodeterminação informativa como um poder de controle em relação aos próprios dados permite associá-la a uma liberdade de caráter eminentemente positivo, que se interconecta com a privacidade. Nesse ponto, é preciso reforçar a compreensão de que a privacidade contemporânea não “se limita ao direito de cada um ser ‘deixado só’ ou de impedir a intromissão alheia em sua vida íntima e particular”<sup>514</sup>. Para Jean L. Cohen o direito à privacidade (*privacy*) vai muito além do *right to be let alone* (direito de não ser incomodado/perturbado) e deve resguardar tanto o controle sobre o acesso de informações pessoais, quanto garantir as próprias escolhas éticas feitas pelos indivíduos em sua esfera privada<sup>515</sup>, o que reputa ser essencial às democracias contemporâneas.

Especificamente em relação à autodeterminação informativa, Rafael Mafaei Rabelo Queiroz e Paula Pedigoni Ponce<sup>516</sup> consignam que “o direito à privacidade não mais se estrutura como uma liberdade de negação, por meio da proteção de dados pessoais, ela se reveste de um aspecto positivo de controle dos próprios dados pessoais”<sup>517</sup>.

Essa dúplici dimensão também é retratada por Ingo Wolfgang Sarlet, ao discorrer que a autodeterminação informativa é um “direito de defesa (direito à

---

<sup>512</sup> SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. **O problema do contrato**: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 21.

<sup>513</sup> A referência é ao conceito de dado sensível, positivado pela própria LGPD (Lei 13.709/2018), em seu art. 5º, inciso II.

<sup>514</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 131.

<sup>515</sup> COHEN, Jean-Louis. **Regulating Intimacy**: A new legal paradigm. Princeton: Princeton University Press, 2004. E-book Kindle, p. 327.

<sup>516</sup> QUEIROZ, Rafael Mafaei Rabelo; PONCE, Paula Pedigoni. Tercio Sampaio Ferraz Júnior e Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado: o que permanece e o que deve ser reconsiderado. **Internet & Sociedade**, São Paulo, n. 1, v. 1, 2020, p. 64-90.

<sup>517</sup> *Ibid.*, p. 83. Na compreensão dos autores, a liberdade não consiste em uma “imunidade”, mas em um “poder, com dimensão ativa de exigir (...) conhecimento, controle e disposição de dados relativos à individualidade” (*Ibid.*, p. 79).

não intervenção arbitrária)” e um “direito de decisão” sobre os próprios dados e informações, o que corresponde “a garantia de uma esfera privada íntima e indispensável”<sup>518</sup>. Para Sarlet, a autodeterminação informativa assume a condição de um princípio, que se insere ao lado da privacidade:

Outrossim, calha adiantar que o direito à autodeterminação informativa – que, no concernente à sua estrutura normativa, assume a condição de princípio – também não se sobrepõe ao direito à privacidade e mesmo outros direitos especiais de personalidade, o que se verá logo adiante. Isso já se dá – mas não exclusivamente – pelo fato de o direito à autodeterminação informativa apresentar dupla dimensão individual e coletiva, no sentido de que garantida constitucionalmente não é apenas (embora possa ser, como direito subjetivo individual, o mais importante) a possibilidade de cada um decidir sobre o acesso, uso e difusão de seus dados pessoais, mas também – e aqui a dimensão metaindividual (coletiva) – se trata de destacar que a autodeterminação informativa constitui precondição para uma ordem comunicacional livre e democrática, distanciando-se, nessa medida, de uma concepção de privacidade individualista e mesmo isolacionista à feição de um direito a estar só (*right to be alone*). Dito de outro modo, ‘a proteção de dados é, enquanto proteção de direitos fundamentais, espinha dorsal de uma democracia liberal’<sup>519</sup>.

Esses desenvolvimentos a respeito da autodeterminação em relação aos dados pessoais reforçam a compreensão de que a autodeterminação é mais ampla do que a autonomia privada, já que o poder de controle relativo aos dados envolve a proteção de uma esfera individual personalíssima que não pode se limitar a uma declaração de vontade, manifestada pontualmente e com o propósito de produzir efeitos futuros, ainda que possa se expressar por meio da autonomia privada existencial, a exemplo da hipótese em que a pessoa firma uma autorização para o acesso e tratamento de seus dados genéticos, para fins de realização de pesquisas científicas, por exemplo.

Diante das inovações tecnológicas, da quantidade e da complexidade da transmissão de dados, surgem novos desafios para o tratamento adequado dos dados pessoais. Nesse ponto, Laura Schertel Mendes e Gabriel Campos Soares da Fonseca conclamam a necessidade de se conceber a “proteção de dados

<sup>518</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: O direito fundamental à proteção de dados. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; RODRIGUES JR., Octávio Luiz (Coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 50.

<sup>519</sup> Ibid., p. 50.

para além do consentimento”<sup>520</sup>. Para os autores, o consentimento do titular dos dados, antes compreendido como “instrumento regulatório central e núcleo de legitimidade”<sup>521</sup> e “expressão da autonomia individual”<sup>522</sup> do regime de proteção dos dados pessoais”, mostra-se insuficiente para tutelar juridicamente (e de modo efetivo) a privacidade. Dentre as insuficiências indicadas pelos autores, encontram-se a dificuldade de se pensar o consentimento quando estão presentes limitações cognitivas do titular dos dados, a desigualdade fática entre o titular dos dados e o agente responsável pelo tratamento das informações e, ainda, a menor capacidade de enfrentar desafios contemporâneos como o *Big Data*<sup>523</sup>. Como solução, propõem repensar os instrumentos e estratégias regulatórias que envolvem o tratamento de dados pessoais, com a inserção dos princípios orientadores da proteção de dados na própria tecnologia, a instauração de mecanismos que considerem a ideia de risco, bem como a *accountability* do agente que realiza seu tratamento<sup>524</sup>.

Essas relevantes reflexões vão ao encontro do que já se afirmou a respeito da própria autodeterminação existencial, no sentido de que a dimensão positiva do princípio da liberdade não se esgota na perspectiva negocial da autonomia privada, notadamente na manifestação de vontade que corresponde ao consentimento.

O cenário apresentado evidencia que a temática dos dados pessoais se encontra no centro de importantes debates a respeito da proteção da pessoa e do próprio Estado democrático<sup>525</sup>. A consagração explícita da autodeterminação informativa no direito positivo torna-se campo fértil para maiores reflexões,

---

<sup>520</sup> MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências de materialização. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; RODRIGUES JR., Octávio Luiz (Coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 90-112.

<sup>521</sup> Ibid., p.90. Segundo os autores, no paradigma do consentimento, “o indivíduo se encontra no centro do processo decisório acerca do que é feito com seus dados pessoais. Entretanto, nos casos em que o tratamento não está explicitamente autorizado por alguma base normativa, na prática, o positivo ideal de empoderamento do titular resulta na obtenção de seu consentimento individual diante dos termos do tratamento, depois de previamente informado a respeito da finalidade da coleta (*notice and consent*)” (Ibid., p. 95).

<sup>522</sup> Ibid., p. 90.

<sup>523</sup> Ibid., p. 92.

<sup>524</sup> Ibid., p. 93.

<sup>525</sup> DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23.



sobretudo porque ela pode ser considerada um desdobramento da autodeterminação existencial que se conecta, de modo ainda mais evidente, com a privacidade.

As decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito do uso e acesso a dados pessoais são úteis para delimitar os significados e o tratamento jurídico que vem sendo atribuído à autodeterminação informativa em algumas de suas aplicações práticas, mesmo porque essa categoria jurídica já havia sido referenciada por acórdãos proferidos muito antes da edição da LGPD, em contextos nos quais essa lei poderia incidir caso já estivesse vigente.

Um dos principais temas discutidos nas decisões da Suprema Corte que se referem à autodeterminação informativa consiste no acesso a dados acobertados por sigilo bancário<sup>526</sup>.

No Mandado de Segurança 21.729<sup>527</sup>, admitiu-se, por maioria de votos<sup>528</sup>, a possibilidade de o Ministério Público requisitar diretamente ao Banco do Brasil informações e documentos relativos à concessão de empréstimos subsidiados pelo Tesouro Nacional, em razão do caráter público dos recursos. Apesar da diversidade de entendimentos, houve referência unânime à necessidade de tutela da privacidade, intimidade e liberdade individual, por se tratar de direitos afetos à personalidade e à dignidade da pessoa humana e por estarem envolvidos dados personalíssimos e protegidos por inviolabilidade.

No Mandado de Segurança 22.801<sup>529</sup>, sob fundamentação semelhante, concedeu-se a ordem impetrada pelo Banco Central do Brasil em face da requisição de dados bancários realizada pelo Tribunal de Contas da União, diante de ausência previsão legal de poderes para o Tribunal de Contas da “determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil”<sup>530</sup>. Para o Min. Celso de Mello, cujo voto merece destaque, embora a

---

<sup>526</sup> Embora a expressão autodeterminação esteja presente especificamente em citações feitas pelo Min. Celso de Mello em seus votos, o exame desses acórdãos é oportuno para evidenciar o contexto de sua aplicação.

<sup>527</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS nº 21729/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Min Néri da Silveira. Brasília, DF, 05 out. 1995.

<sup>528</sup> Foram vencidos os ministros Marco Aurélio, Maurício Correa, Celso de Mello, Ilmar Galvão e Carlos Velloso, que votaram pela reserva de jurisdição para o acesso às informações.

<sup>529</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS nº 22801/DF**. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília, DF, 17 dez. 2007.

<sup>530</sup> Ibid. p. 1.

inviolabilidade da vida privada e da intimidade possa ceder diante do interesse público, o sigilo bancário apenas pode ser quebrado quando for “essencial e indispensável à satisfação das finalidades inderrogáveis da investigação estatal” e desde que não haja meio menos gravoso para a consecução desta finalidade<sup>531</sup>. Em suma, para ele, o procedimento de *disclosure* deve observar o devido processo legal substantivo, o que implica reconhecer que o acesso a dados pessoais implica em uma *accountability* do agente que o obtém.

O tema foi novamente discutido no Recurso Extraordinário 601.314<sup>532</sup> e nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859<sup>533</sup>. Nesse julgamento, admitiu-se, por maioria de votos<sup>534</sup>, a possibilidade de a Receita Federal requisitar informações às instituições financeiras, a respeito de movimentações bancárias dos contribuintes. Entendeu-se que a previsão legal dessa requisição<sup>535</sup> não viola a garantia de sigilo bancário, porque não haveria sua quebra, mas a transferência de sigilo bancário para fiscal. Merece destaque o voto do Min. Edson Fachin, que considerou o sigilo bancário como uma das expressões dos direitos da personalidade relacionados à autonomia individual<sup>536</sup>, que “se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de

---

<sup>531</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS nº 22801/DF**. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília, DF, 17 dez. 2007, p. 29.

<sup>532</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RE nº 601314/SP**, Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 24 fev. 2016.

<sup>533</sup> O Rel. Min. Dias Toffoli julgou improcedentes as pretensões formuladas e reconheceu, em controle abstrato de constitucionalidade, a possibilidade de as autoridades fiscais obterem as informações bancárias, independentemente de intermediação judicial, com ressalvas relativas à necessidade de regulamentação legislativa por Estados e Municípios e o estabelecimento de requisitos para a disponibilização de informações. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2859/DF**, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 24 fev. 2016.

<sup>534</sup> Foram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, para quem a inviolabilidade dos direitos à intimidade e à privacidade, corolários da dignidade da pessoa humana, não permitem o acesso direto a dados pessoais, pelos órgãos públicos, inclusive fazendários.

<sup>535</sup> Art. 6º da Lei Complementar 105/2001: “Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária”.

<sup>536</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2859/DF**, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 24 fev. 2016, p. 31.

quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira”<sup>537</sup>. No entanto, para o Ministro, essa autonomia se contrapõe ao dever fundamental de pagar os tributos e de contribuir com a comunidade política, de forma que a privacidade não poderia ser utilizada como subterfúgio para a elisão tributária e para o descumprimento de diretrizes internacionais voltadas à maior transparência fiscal<sup>538</sup>.

Ainda sobre o sigilo bancário, no Inquérito 2.245, em que o plenário do Supremo Tribunal Federal deliberou a respeito do recebimento da denúncia em face de diversos acusados no esquema denominado “Mensalão”, os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Eros Grau se posicionaram pela ilicitude do fornecimento de informações, pelo Banco Central do Brasil ao Ministério Público, por requisição direta do Procurador Geral da República, sem que houvesse prévia decretação da quebra de sigilo bancário por meio de decisão judicial ou Comissão Parlamentar de Inquérito<sup>539</sup>.

Em todos esses acórdãos<sup>540</sup>, considerou-se que as informações pessoais e dados são resguardados pelos direitos à intimidade e à privacidade (corolários da dignidade da pessoa humana), ainda que não sejam acobertados por uma garantia absoluta de inviolabilidade, pois há possibilidade de relativização frente a interesses públicos, como a fiscalização tributária e a investigação criminal. Também houve ampla referência a uma esfera de autonomia individual, definida, sobretudo, como uma liberdade em sentido negativo, ou seja, como uma restrição à ingerência dos órgãos do Estado sobre as informações pessoais.

Apesar do enfoque na proteção dos dados bancários e informações pessoais em face do acesso e uso por parte de terceiros (liberdade negativa), é

---

<sup>537</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2859/DF**, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 24 fev. 2016, p. 33.

<sup>538</sup> O Min. Luís Roberto Barroso acompanhou essa posição e entendeu ser possível relativizar a exigência de autorização judicial para a quebra de sigilo, porque a Receita Federal já teria acesso a informações personalíssimas talvez até mais sensíveis do que as informações bancárias, como a indicação de dependentes e filhos nas declarações de imposto de renda (Ibid., p. 44). O voto também foi acompanhado pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli, Carmem Lúcia, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski.

<sup>539</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq. nº 2245/MG**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 28 ago. 2007.

<sup>540</sup> Esses acórdãos foram selecionados para análise, porque em todos eles o Ministro Celso de Mello fez uma citação em seu voto, relativa à autodeterminação informativa.

possível identificar, em alguns posicionamentos, a invocação de uma dimensão eminentemente positiva de liberdade, consistente no poder de controle da pessoa em relação aos seus próprios dados. É precisamente essa dimensão positiva de liberdade que constitui o cerne da autodeterminação informativa.

A título exemplificativo, em todos os acórdãos referenciados sobre a quebra de sigilo bancário, o Min. Celso de Mello discorreu sobre a necessidade de observância à proporcionalidade e ao devido processo legal substantivo, para a obtenção das informações. Isso engloba “a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos”; a “adequação (...) desses meios para a consecução dos fins pretendidos”; “a necessidade (...) de sua utilização”<sup>541</sup>; bem como a ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz para o alcance desses fins. Essa fundamentação foi desenvolvida pelo Ministro a partir da citação<sup>542</sup> de um artigo da autoria de Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, intitulado “*Sigilo bancário, direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade*”<sup>543</sup>. Esse artigo se refere ao significado, dimensão e amplitude do sigilo bancário, segundo a Constituição de 1988, e se desenvolve a partir do mencionado julgamento da Corte Constitucional alemã, em 1983. Os autores assim definiram o “direito fundamental à autodeterminação sobre as informações de caráter pessoal”<sup>544</sup> proveniente desse julgamento:

(...). Esse direito, que deriva do próprio princípio de autodeterminação, expressa a ideia de que cabe, fundamentalmente, a cada indivíduo decidir quando e em que medida informações de índole pessoal podem ser fornecidas ou utilizadas por terceiros.

Tal como o direito à intimidade e à privacidade, no Brasil o direito à autodeterminação não configura direito ilimitado ou absoluto. A própria Corte Constitucional alemã encarregou-se de enfatizar, na decisão referida, que o domínio do indivíduo sobre ‘suas’ informações encontra limites no próprio contexto social. Vê-se, pois, que o controle de informações enquanto expressão de uma dada realidade social, não está submetido exclusivamente ao arbítrio do indivíduo. Essa orientação da Corte traduz a ideia de que a tensão indivíduo-comunidade há de ser solvida em favor da integração e vinculação da

<sup>541</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq. nº 2245/MG**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 28 ago. 2007, p. 438.

<sup>542</sup> Essa mesma fundamentação e a referência ao artigo de Gilmar Mendes e Ives Gandra está presente nos votos proferidos pelo Ministro Celso de Mello no RE 601314, ADI 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, MS 21729, MS 22801, AC 33 MC, RE 389808 e Inq. 2245.

<sup>543</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Sigilo bancário, direito de autodeterminação e princípio da proporcionalidade. **Repertório IOB de Jurisprudência**. n. 24/92, p. 435-438. dez./1992.

<sup>544</sup> *Ibid.*, p. 438.

pessoa à comunidade (...). Portanto, o direito de autodeterminação sobre informações comporta limitações determinadas pelo interesse geral<sup>545</sup>.

Ao se analisar esse trecho, tem-se a definição da autodeterminação informativa como um direito fundamental que deriva do princípio da autodeterminação e que consiste no poder de cada indivíduo de controlar o uso e acesso de informações suas, por terceiros. Essa compreensão corrobora o entendimento adotado no capítulo anterior, no sentido de que a autodeterminação corresponde a um conceito lato que se qualifica como um princípio capaz de abranger diferentes expressões de liberdade positiva e que se densifica em direitos fundamentais específicos, a exemplo da autodeterminação informativa, que possui caráter existencial.

É de se salientar, ainda, que os critérios para relativização das garantias relacionadas à autodeterminação informativa e à privacidade (extraídos da experiência alemã e referenciados nos votos do Min. Celso de Mello) consistem em importantes diretrizes para a disponibilização, acesso e uso dos dados e informações pessoais, as quais foram incorporadas em âmbito internacional<sup>546</sup>.

Retomando a análise dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, há ainda outras decisões que analisaram a autodeterminação informativa e que contribuem para a compreensão de seu conceito e tratamento jurídico. No Recurso Extraordinário 673.707<sup>547</sup>, reconheceu-se, em regime de repercussão geral, que o *habeas data* é instrumento constitucional adequado para a

<sup>545</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Sigilo bancário, direito de autodeterminação e princípio da proporcionalidade. **Repertório IOB de Jurisprudência**. n. 24/92, p. 435-438. dez./1992, p. 438.

<sup>546</sup> A título de exemplo, pode-se mencionar que a autodeterminação informativa é referenciada expressamente nos Princípios da OEA Sobre a Privacidade e a Proteção de Dados Pessoais elaborados pelo Comitê Jurídico Internacional da Organização dos Estados Americanos. Ao versar sobre o conceito de privacidade, o documento consigna que os princípios resguardam a “autodeterminação a respeito da informação, a ausência de restrições arbitrárias de acesso aos dados e à proteção da privacidade, identidade, dignidade e reputação”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Informe del Comité Jurídico Interamericano: Privacidad y protección de datos personales. CJI/doc. 474/15 rev. Rio de Janeiro, 26 mar. 2015, p. 4. De forma geral, os Princípios da OEA buscam regular o controle de acesso, uso, recopilação, retenção e disponibilização dos dados pessoais, estabelecendo condições como a legitimidade do propósito, adequação dos meios, transparência em relação à finalidade e ao uso das informações, necessidade e pertinência do acesso aos dados para o fim proposto e clareza e veracidade das informações. Critérios semelhantes foram posteriormente inseridos, de forma expressa, na LGPD brasileira (Lei 13.709/2018).

<sup>547</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **RE nº 673707/MG**, Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 17 jun. 2015.

obtenção, pelo próprio contribuinte, de acesso às informações e dados concernentes ao pagamento de tributos, “constantes dos sistemas informatizados de apoio à arrecadação dos órgãos da administração fazendária dos entes estatais”<sup>548</sup>. Entendeu-se que é obrigação da administração pública garantir a publicidade, a transparência, o acesso à informação e a participação dos cidadãos no conhecimento da gestão pública e de suas informações pessoais sob guarda do Estado, até mesmo para responsabilização e *accountability*<sup>549</sup>. Nesse acórdão, o Min. Gilmar Mendes mencionou que a criação da garantia do *habeas data* ocorreu quando já se discutia, em outros países, a existência de um direito material de “autodeterminação sobre dados”<sup>550</sup>, que também se aplica a bancos de dados de natureza privada, como os cadastros restritivos ao crédito. Considerou que o *habeas data* permite “tutelar aquilo que entendemos ser uma proteção da autonomia privada nesse âmbito da autodeterminação sobre os dados”<sup>551</sup>.

O reconhecimento da possibilidade de utilização da via processual do *habeas data* para a obtenção de dados geridos pela Administração Pública é relevante para a própria efetividade da autodeterminação informativa, pois não há poder de controle ou proteção efetiva dos dados pessoais sem a garantia de mecanismos de acesso da pessoa sobre os dados de sua titularidade que estejam na posse de terceiros, inclusive do Estado.

Recentemente, as diretivas relativas ao uso, acesso, retenção e disponibilização de dados (assim como a própria “autodeterminação informativa”) foram positivadas na Lei Geral de Proteção de Dados. Nesse sentido, o art. 6º da LGPD (Lei 13.709/2018) estabelece em seus incisos I, II e III, que as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar os princípios da finalidade, adequação e necessidade. Quanto aos mecanismos necessários para o exercício do controle sobre os próprios dados, foram assegurados os princípios do “livre acesso”, consistente na garantia de “consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a

---

<sup>548</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **RE nº 673707/MG**, Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 17 jun. 2015, p. 1.

<sup>549</sup> Ibid., p. 15.

<sup>550</sup> Ibid., p.34.

<sup>551</sup> Ibid., p. 35.

integralidade de seus dados pessoais” (art. 6º, inciso IV); da “qualidade dos dados”, correspondente à garantia de “exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento” (art. 6º, inciso V); e a “transparência”, referente à garantia de “informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial” (art. 6º, inciso VI).

Já sob a vigência da LGPD (Lei 13.709/2018), a Min. Rosa Weber<sup>552</sup> fez referência expressa à autodeterminação informativa, ao deferir Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade<sup>553</sup> ajuizadas em face da Medida Provisória nº 954/2020. Essa medida provisória dispôs sobre o compartilhamento, pelas operadoras de telefonia, de dados por elas mantidos sobre usuários de telefonia fixa e móvel, com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de “suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”<sup>554</sup>. Nesse caso, a autodeterminação informativa foi igualmente analisada sob o enfoque dos direitos da personalidade e direitos fundamentais, notadamente a privacidade, a intimidade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana. A relatora consignou que os dados pessoais se relacionam com a identificação (potencial ou efetiva) de pessoas naturais, razão pela qual a intervenção estatal apenas é admissível se houver uma fundamentação consistente, pautada pela adequação, necessidade e limitação da medida ao mínimo necessário para os fins almejados, sob pena de violação ao devido processo legal substantivo. Considerou que o compartilhamento dos dados previsto na Medida Provisória violou a LGPD ao não observar as exigências de necessidade, adequação e proporcionalidade, além de não indicar como e para que seriam utilizados os dados pessoais coletados e não apresentar

---

<sup>552</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Referendo na Medida Cautelar na ADI nº 6387/DF**, Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 07 mai. 2020.

<sup>553</sup> ADIs nº 6387, 6388, 6390 e 6393.

<sup>554</sup> BRASIL. Medida Provisória nº 954 de 17 de abril de 2020. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979/2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 abr. 2020.

mecanismos para evitar acessos não autorizados, vazamentos ou utilização indevida. Em suma, o deferimento da liminar se pautou no fato de a Medida Provisória não conter a “garantia de mecanismos de proteção compatíveis com as cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (...), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (...)”<sup>555</sup>.

Ao acompanhar a relatora, o Min. Gilmar Mendes fez referência ao “poder do indivíduo de decidir por si mesmo sobre se e como ele desejaria fornecer a terceiros seus dados pessoais”<sup>556</sup> e sustentou “o direito à autodeterminação informativa como um contraponto a qualquer contexto concreto de coleta, processamento ou transmissão de dados passível de configurar situação de perigo”<sup>557</sup>. A esse respeito, transcreve-se o seguinte trecho do voto:

Essa abrangência da proteção atribuída ao direito de autodeterminação constitui importante chave interpretativa do âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais, o qual não recai propriamente sobre a dimensão privada ou não do dado, mas sim sobre os riscos atribuídos ao seu processamento por terceiros<sup>558</sup>.

Constata-se, portanto, que a autodeterminação informativa, alocada como fundamento da LGPD, recebe a qualificação de um princípio e de um direito fundamental autônomo que se direciona à proteção de dados pessoais, da dignidade da pessoa humana, dos direitos da personalidade e da privacidade, sobretudo diante da vulnerabilidade humana frente às inovações tecnológicas.

Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que o ordenamento jurídico brasileiro abrange direitos fundamentais que não estão inseridos explicitamente do “catálogo de direitos em sentido estrito”, ou que não estão expressamente positivados, e insere dentre eles o direito à autodeterminação informativa<sup>559</sup>. No presente estudo, busca-se demonstrar que a autodeterminação e seus desdobramentos são expressões da dimensão positiva do princípio

---

<sup>555</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Referendo na Medida Cautelar na ADI nº 6387/DF**, Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 07 mai. 2020, p. 23.

<sup>556</sup> Ibid., p. 101.

<sup>557</sup> Ibid., p. 102.

<sup>558</sup> Ibid., p. 102.

<sup>559</sup> Ibid., p. 45.



constitucional (expresso) de liberdade em sua conjugação com princípio da privacidade, ainda que seus sentidos e sua delimitação conceitual dependam de análise teórica e prática. Com efeito, o reconhecimento da autodeterminação informativa como um princípio específico e um direito fundamental autônomo é viabilizado pela própria prática jurídica brasileira. O Min. Gilmar Mendes, inclusive, discorreu que o reconhecimento do direito fundamental à autodeterminação informativa não decorreu de “criacionismo jurisprudencial dissociado da própria tradição jurídica brasileira”<sup>560</sup>, alocando-o como uma decorrência dos influxos legislativos voltados à proteção dos dados pessoais, dentre os quais o Código de Defesa do Consumidor, a Lei do Cadastro Positivo, a Lei de Acesso à Informação, o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados<sup>561</sup>, o que é possibilitado pela abertura do texto constitucional e também pelas interpretações antes realizadas pelo STF, em que já se argumentava sobre a garantia de um devido processo legal substancial<sup>562</sup>.

Essa fundamentação reforça o escopo e a metodologia da pesquisa que se desenvolve no presente estudo, já que corrobora, ainda que no âmbito específico da proteção de dados pessoais, uma construção jurídico-interpretativa do conceito de autodeterminação informativa, advinda da prática jurídica, com aportes oriundos não apenas das legislações mencionadas pelo Min. Gilmar Mendes em relação aos dados pessoais, como também da literatura jurídica e das interpretações e aplicações feitas pelo próprio Supremo Tribunal Federal ao longo de seus acórdãos.

O estudo da autodeterminação informativa, a partir de sua compreensão e aplicação pelo STF, denota a amplitude de seu significado, o que se afere de sua qualificação, ora como princípio, ora como direito fundamental, e de sua vinculação a outros princípios e direitos fundamentais afetos à esfera existencial humana, como a privacidade, a intimidade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Também merece destaque a amplitude da aplicação prática do

---

<sup>560</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Referendo na Medida Cautelar na ADI nº 6387/DF**, Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 07 mai. 2020, p. 111.

<sup>561</sup> *Ibid.*, p. 105.

<sup>562</sup> Essa construção histórica também é mencionada por Danilo Doneda, inclusive no plano internacional; Cf.: DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; RODRIGUES JR., Octávio Luiz (Coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 22-39.

conceito de autodeterminação, não apenas na regulação do acesso de dados acobertados pelo sigilo bancário, como na admissão do uso do *habeas data* para garantir o controle da pessoa sobre suas próprias informações e, ainda, na atuação positiva voltada a resguardar a *accountability*, ou seja, a observância às garantias de adequação, finalidade, necessidade, proporcionalidade e ao devido processo legal substancial, pelo poder público.

Pode-se considerar, com base nesses elementos, que as decisões relativas à autodeterminação informativa não lhe atribuem o tratamento correspondente aos moldes clássicos da autonomia privada. O poder de controle em relação às informações e dados pessoais não é limitado ao consentimento<sup>563</sup> e, além disso, constitui um desdobramento do próprio poder de definir os rumos da própria vida e, conseqüentemente, de definir de que formas e com quem se pretende compartilhar as informações pessoais. Esse direito de autodeterminação pode, eventualmente, expressar-se por meio do exercício da autonomia privada – quando, por exemplo, a pessoa consente em divulgar determinadas informações pessoais –, todavia, de forma geral, a autodeterminação informativa é muito mais ampla do que uma declaração pontual de vontade voltada à produção de efeitos jurídicos futuros.

Assim como na análise da autodeterminação confessional, o estudo da autodeterminação informativa fortalece as conclusões que já haviam sido delineadas no capítulo 3 quanto à maior abrangência e amplitude do conceito de autodeterminação, frente ao conceito de autonomia privada. A partir da sistematização crítica desenvolvida, pode-se dizer que a autodeterminação informativa se apresenta como um direito específico que se desdobra do conceito autodeterminação existencial, em sua interconexão com a privacidade.

---

<sup>563</sup> Note-se a correlação entre a autodeterminação informativa e a exigência de *accountability* do agente que realiza o tratamento dos dados, à semelhança do que defendem Laura Schertel Mendes e Gabriel Campos Soares da Fonseca. MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências de materialização. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; RODRIGUES JR., Octávio Luiz (Coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 90-112.

#### 4.1.3 Autodeterminação sexual

O reconhecimento de um direito à vida sexual e afetiva pode ser considerado recente<sup>564</sup> e decorre de diversos fatores que levaram ao rompimento da vinculação entre sexo e reprodução e o questionamento do modelo tradicional da família monogâmica e heterossexual. Dentre esses fatores, encontram-se a revolução sexual, o surgimento dos métodos contraceptivos, o desenvolvimento científico, a divulgação de informações, a tomada de consciência do próprio corpo e dos cuidados a ele associados<sup>565</sup> e, sobretudo, as pressões e questionamentos advindos da luta de movimentos emancipatórios feministas e LGBTQIA+ que ressaltam os aspectos culturais (e não naturais) da sexualidade<sup>566</sup>.

Contemporaneamente, a sexualidade é vista como essencial “para o desenvolvimento de todas as potencialidades da vida humana”<sup>567</sup> e a identidade de gênero e a orientação sexual passaram a ser inseridas no âmbito de proteção dos direitos de personalidade, por serem manifestações da singularidade e da subjetividade de cada um<sup>568</sup>.

A “autodeterminação sexual e afetiva”<sup>569</sup> – que, como se verá adiante, é compreendida como um direito fundamental e um princípio autônomo pela Suprema Corte brasileira – é resguardada pelos preceitos fundamentais da Constituição e pelos direitos humanos<sup>570</sup>, que buscam garantir a todas as

<sup>564</sup> No capítulo anterior, apontou-se que o liberalismo que prevalecia no âmbito econômico desde as grandes codificações não alcançava a esfera existencial e foram necessárias profundas transformações no contexto sociocultural para que houvesse maior liberdade nessa área.

<sup>565</sup> VINCENT, Gérard. O corpo e o enigma sexual. In: PROST, Antoine; VINCENT, Gérard. **História da vida privada 5: da Primeira Guerra a nossos dias**. 2. ed. Trad. de Denise Bottman. 2010. Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 309-389.

<sup>566</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk; SANTOS, Andressa Regina Bissoloti. O direito à existência civil de pessoas intersexuais: um questionamento do estatuto jurídico do gênero. In.: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 121-123.

<sup>567</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 218.

<sup>568</sup> Cf.: MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. O direito à orientação sexual como decorrência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. **Novos estudos jurídicos**, Itajaí, v. 14, n.2, p. 105-125, 2º Quadrimestre, 2009.

<sup>569</sup> SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 219-220.

<sup>570</sup> Importantes diretrizes a esse respeito, inclusive com a menção expressa à autodeterminação sexual, foram consolidadas nos Princípios de Yogyakarta. COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. **Princípios de Yogyakarta**: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Trad. de Jones de Freitas. Março, 2007.

peçoas a dignidade, a humanidade e o tratamento com igual consideração e respeito, independentemente de seu enquadramento ou não nos modelos de vida hegemônicos.

A dignidade da pessoa humana e a vedação constitucional da discriminação por motivo de sexo<sup>571</sup> são fundamentos basilares para a tutela jurídica da sexualidade em suas múltiplas expressões, dentre as quais a identidade de gênero e a orientação sexual. A necessidade de reconhecimento e tutela jurídica dessas distintas manifestações da sexualidade também se ampara na laicidade<sup>572</sup>, no pluralismo de valores, modos de vida e concepções de bem e na apreensão da diversidade<sup>573</sup> e da individualidade de cada ser humano. Nesse sentido, aponta Luiz Edson Fachin:

(...) a emancipação dos sujeitos, a redescoberta das questões de gênero e os direitos sexuais e reprodutivos, faz emergir demandas democráticas e republicanas e, estas projetaram a necessidade de responder não mais apenas à igualdade da diferença, mas sim a diferença dentro da própria diversidade<sup>574</sup>.

De modo semelhante, Marcos Alves da Silva aponta que “O surgimento da pessoa não decorre de mera substituição da categoria abstrata de sujeito. Sobressai antes como referência à condição humana complexa e multidiversificada, que não admite reducionismo”<sup>575</sup>, e que demanda especial atenção às singularidades.

---

<sup>571</sup> Art. 3º, IV, e 5º, XXX, da CRFB.

<sup>572</sup> O conceito de laicidade foi analisado, com maior ênfase, no estudo da autodeterminação religiosa (subseção 4.1.1).

<sup>573</sup> Para Bruno Miragem “A noção de diversidade (...) permite que se expanda o próprio sentido da proteção em si, não apenas sob o critério quantitativo – o ser minoria -, mas a mera possibilidade de não se adequar a padrões pré-definidos segundo certa concepção de moral social, costumes ou dada compreensão cultural e, por ação livre em certo grau do arbítrio individual, construir a identidade e expressá-la independentemente de dado juízo do valor social”. MIRAGEM, Bruno. Direito à diferença e autonomia: proteção da diversidade no direito privado em relação ao exercício individual das liberdades sexual e religiosa. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 63.

<sup>574</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, 2014, p. 32.

<sup>575</sup> SILVA, Marcos Alves da. A questão da homofobia: Fundamentalismo religioso e intolerância no Estado Democrático de Direito. In: ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: 2016, p. 150.

É preciso considerar que a diversidade relativa à sexualidade se exprime pela própria multiplicidade de “fenômenos que integram o conjunto do que se pode denominar vida sexual”, envolvendo fatores “biológicos, médicos, psicológicos, culturais, históricos e sociais, que interagem entre si”<sup>576</sup> e que resultam nessa vivência bastante singular e própria.

O reconhecimento da autodeterminação sexual perpassa, portanto, pela compreensão do ser humano em sua complexidade corporal e intelectual, vale dizer, pela compreensão de que o ser humano não se exaure em sua racionalidade, pois também possui sentimentos, emoções, afeições e preferências, além de ser um corpo<sup>577</sup> sexual, que se insere em determinado contexto sociocultural e nele manifesta a própria subjetividade<sup>578</sup>.

Heloísa Helena Barboza utiliza o pensamento de Foucault para demonstrar que as categorias, conceitos e classificações que envolvem as diferentes identidades sexuais são produtos de construções discursivas do poder pautadas pelo não enquadramento nos referenciais hegemônicos do sistema sexo-gênero e da heteronormatividade<sup>579</sup>. Não por outro motivo, o reconhecimento de direitos das pessoas transgêneras, intersexuais e homossexuais decorre de intensa mobilização dos grupos LGBTQIA+ no enfrentamento desses referenciais hegemônicos e na demonstração das bases culturais que estão neles presentes<sup>580</sup>.

O reconhecimento desses direitos assume um caráter eminentemente contramajoritário<sup>581</sup> e se fundamenta, sobretudo, na proteção da dignidade da

---

<sup>576</sup> BARBOZA, Heloísa Helena Gomes. **Procedimentos para redesignação sexual: um processo bioeticamente inadequado**. 174 f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2010, p. 13.

<sup>577</sup> Ibid., p. 39.

<sup>578</sup> Note-se que essa compreensão se opõe à racionalidade presente no pensamento oitocentista, notadamente a visão kantiana de que a dignidade do homem reside na moralidade e no poder de controlar os desejos e impulsos corpóreos. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad.: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 77.

<sup>579</sup> BARBOZA, Heloísa Helena Gomes. Op. cit. p. 58-59.

<sup>580</sup> A exemplo do reconhecimento da juridicidade da união homoafetiva. Cf.: SANTOS, Andressa Regina Bissoloti dos. Desdobramentos do pós-maio de 2011: reflexões sobre os requisitos da união estável a partir do cotidiano de casais do mesmo gênero. **civilistica.com**, v. 9, n. 1, p. 1-22, 9 maio 2020, p. 3.

<sup>581</sup> MIRAGEM, Bruno. Direito à diferença e autonomia: proteção da diversidade no direito privado em relação ao exercício individual das liberdades sexual e religiosa. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 72.

pessoa humana, no pluralismo e na igualdade substancial<sup>582</sup>. Muito embora ainda subsistam importantes caminhos a ser percorridos para garantir a efetividade do direito à diferença em relação à sexualidade, a atuação contramajoritária dos tribunais tem se mostrado um instrumento necessário para resguardar esses princípios estruturantes do Estado Constitucional.

Todavia, o reconhecimento da diversidade não pode resvalar no efeito colateral de se conceber as identidades sexuais de modo essencialista, ou seja, como algo inato, fixo e imutável advindo da natureza ou de uma condição histórica tida por verdadeira<sup>583</sup>.

A essencialização da identidade é problemática, porque impede que se apreenda a heterogeneidade dos grupos identitários em si considerados<sup>584</sup>, bem como o caráter mutável da própria subjetividade, que se transforma na medida em que se (re)constroem os discursos e referenciais simbólicos e culturais que permeiam a sociedade e se altera a adesão psicológica do sujeito a eles<sup>585</sup>. O referencial que produz as identidades sexuais corresponde às oposições binárias relativas ao gênero e à orientação sexual, as quais se pautam pelo sexo biológico, sem que se considere a dimensão psicológica da sexualidade, bem como a influência sociocultural na normalização da sexualidade ou a existência

---

<sup>582</sup> Esses princípios são utilizados de maneira recorrente nos próprios acórdãos do STF, conforme se verá adiante.

<sup>583</sup> Nesse sentido, cf.: WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (org.). **Identidade e diferença**: a perspectiva dos estudos culturais. 15. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, WOODWARD, p. 13-14.

<sup>584</sup> Em relação às mulheres, por exemplo, são desconsideradas as desigualdades entre elas e possíveis características que as marginalizem dentro do próprio grupo identitário. A respeito do tema: BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Trad. de Renato Aguiar. 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019, p. 19-25.

<sup>585</sup> Para Stuart Hall, as identidades “têm a ver (...) com a questão da utilização dos recursos da história, da linguagem e da cultura para a produção, não daquilo que nós somos, mas daquilo no qual nos tornamos. Têm a ver não tanto como as questões de ‘quem nós somos’ ou ‘de onde nós viemos’, mas muito mais com as questões ‘quem nós podemos nos tornar’, ‘como nós temos sido representados e ‘como essa representação afeta a forma como nós podemos representar a nós próprios’. (...) É precisamente porque as identidades são construídas dentro e não fora do discurso que nós precisamos compreendê-las como produzidas em locais históricos e institucionais específicos, no interior de formações práticas e discursivas específicas, por estratégias e iniciativas específicas”. HALL, Stuart. Introducción: ¿Quien necesita <<identidad>>? In: HALL, Stuart; GAY, Paul du (comp.). **Cuestiones de identidad cultural**. Buenos Aires: Amorrortu, 2003, p. 108-109.

de zonas fronteiriças que deslizam entre os extremos homem/mulher, masculino/feminino e heterossexual/homossexual<sup>586</sup>.

A partir da compreensão de que a identidade não corresponde a uma essência individual, é possível conceber que a homossexualidade e a transgeneridade não podem ser apreendidas como uma característica intrínseca ao indivíduo, como um simples fato da vida ou uma essência imutável, pois estão envolvidas questões culturais, *performances*<sup>587</sup>, discursos de poder, a própria política e aspectos psicológicos de cada pessoa. Nesse sentido:

(...) a identidade não é uma essência; não é um dado ou fato – seja da natureza, seja da cultura. A identidade não é fixa, estável, coerente, unificada, permanente. A identidade tampouco é homogênea, definitiva, acabada idêntica, transcendental. Por outro lado, podemos dizer que a identidade é uma construção, um efeito, um processo de produção, uma relação, um ato performativo. A identidade é instável, contraditória, fragmentada, inconsistente, inacabada. A identidade está ligada a estruturas discursivas e narrativas. A identidade está ligada a sistemas de representação. A identidade tem estreitas conexões com relações de poder<sup>588</sup>.

O objetivo do presente estudo – que consiste em uma análise da autodeterminação existencial – impede maior aprofundamento sobre a questão relativa à identidade, no entanto, ela é de extrema importância para evidenciar aspectos problemáticos em se tomar as identidades como inatas à pessoa e a necessidade de se apreender os diferentes aspectos da sexualidade como vivências. Críticas semelhantes à essencialização(s) da identidade(s), são desenvolvidas no plano do Direito Civil por Joyceane Bezerra de Menezes e Cecília Barroso de Oliveira, que concebem a sexualidade como uma vivência

<sup>586</sup> SILVA, Tomaz Tadeu. A produção social da identidade e da diferença. SILVA, Tomaz Tadeu. (Org.) **Identidade e diferença: A perspectiva dos Estudos Culturais**. 15. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 89.

<sup>587</sup> Segundo Judith Butler, as categorias binárias socialmente engendradas – mulher/homem, masculino/feminino – são personificadas e naturalizadas por uma *performance*, ou seja, “uma espécie de imitação persistente, que passa como real”. BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Trad. de Renato Aguiar. 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019, p. 9.

<sup>588</sup> “(...) é a teorização cultural contemporânea sobre gênero e sexualidade que ganha centralidade. Ao chamar a atenção para o caráter cultural e construído do gênero e da sexualidade a teoria feminista e a teoria *queer* contribuem, de forma decisiva, para o questionamento das oposições binárias – masculino/feminino, heterossexual/homossexual – nas quais se baseia o processo de fixação das identidades de gênero e das identidades sexuais. A possibilidade de ter uma identidade ambígua, indefinida, é uma demonstração do caráter ‘artificialmente’ imposto das identidades fixas”. SILVA, Tomaz Tadeu. A produção social da identidade e da diferença. SILVA, Tomaz Tadeu. (Org.) **Identidade e diferença: A perspectiva dos Estudos Culturais**. 15. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 97.

que sofre os influxos dos contextos socioculturais e não pode ser concebida como uma essência<sup>589</sup>.

Além do questionamento sobre a apreensão essencialista das identidades, a compreensão da complexidade e da dinamicidade das expressões sexuais da subjetividade também desvela a inaptidão do conceito de autonomia privada<sup>590</sup> para designá-las. Com efeito, embora as diferentes expressões da sexualidade não correspondam a uma essência, elas tampouco resultam de mera escolha individual. Como se afirmou, o contexto histórico e social e uma série de outros fatores imperscrutáveis por sua complexidade (notadamente aspectos psicológicos e corpóreos, como sentimentos, emoções, desejos e preferências) interferem nas vivências individuais e nas expressões da subjetividade, de modo que elas não são ajustáveis ao molde racionalista e ao substrato negocial que fundamentam a categoria jurídica de autonomia privada, pois não correspondem, sequer, a escolhas. Nesse sentido, Ana Carla Harmatiuk Matos aponta que a homossexualidade é uma orientação sexual e não uma opção, justamente porque “não é a vontade consciente quem determina a orientação sexual”, e enfatiza: “possivelmente, as pessoas não fariam uma opção que, em grande medida e infelizmente, implica uma escolha de serem discriminadas”<sup>591</sup>.

De modo semelhante, Joyceane Bezerra de Menezes e Cecília Barroso de Oliveira, ao tratarem da orientação sexual como uma vivência e não uma opção, apontam que “o conceito de liberdade não se atém ao significado liberal

---

<sup>589</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. O direito à orientação sexual como decorrência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 14, n. 2, p. 105-125, 2º quad./2009, p. 113-116.

<sup>590</sup> A insuficiência dessa categoria também abrange a situação dos intersexuais. Uma importante análise crítica foi desenvolvida a respeito do tema por Ana Carla Harmatiuk Matos e Andressa Regina Bissolotti dos Santos. Para as autoras, “O direito à autonomia privada, quando aplicado às pessoas intersexuais, coloca em contradição um ordenamento que diz ter nele importante categoria jurídica, mas que em relação a algumas pessoas adota práticas absolutamente negatórias de qualquer possibilidade de autodeterminação”. MATOS, Ana Carla Harmatiuk.; SANTOS, Andressa Regina Bissolotti. O direito à existência civil de pessoas intersexuais: um questionamento do estatuto jurídico do gênero. In.: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 128.

<sup>591</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Iguais, mas diferentes**: efeitos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo. 199 f. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2003. p. 49



de autonomia da vontade<sup>592</sup>. Interessante mencionar que Menezes e Oliveira utilizam indistintamente as expressões “direito à autodeterminação”<sup>593</sup> e “autonomia ético-existencial”<sup>594</sup> para designar o que, nesse estudo, entende-se por autodeterminação existencial<sup>595</sup>. Independentemente da indistinção terminológica, o que se busca enfatizar é a existência de liberdades existenciais que são relevantes para o Direito (em especial, para o Direito Civil), mas não se compatibilizam com a autonomia privada em seus moldes tradicionais, porque não se adéquam a uma manifestação pontual de vontade ou a uma escolha. Essas reflexões abrem espaço para se pensar a autodeterminação sexual sob a perspectiva da autodeterminação existencial em seu sentido mais específico, ou seja, como “liberdade positiva vivida”<sup>596</sup>.

Nesse sentido, é preciso reconhecer que o exercício da liberdade “é também viver a liberdade (positiva) (...) e dela poder extrair posições juridicamente sustentáveis e oponíveis”<sup>597</sup>. Como se apontou no capítulo anterior, essa vivência de liberdade ultrapassa as escolhas deliberadas e consiste na apreensão da normatividade que decorre do próprio comportamento e que se impõe aos demais membros da sociedade. Essa “liberdade vivida”<sup>598</sup> pode se exprimir por meio de modos de vida, vivências e manifestações da subjetividade e demanda o reconhecimento jurídico da normatividade que delas emana. Por sua compatibilidade com os princípios constitucionais da liberdade, do pluralismo, da não discriminação, da dignidade humana e da igualdade

---

<sup>592</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. O direito à orientação sexual como decorrência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 14, n. 2, p. 105-125, 2º quad./2009, p. 116

<sup>593</sup> Ibid., p. 120.

<sup>594</sup> Ibid., p. 116. O ponto problemático que se constata está no embasamento da autonomia ético-existencial na perspectiva kantiana, porque esta se ampara na moral universal de cunho racionalista e na compreensão de que há desigualdades de tratamento justificadas por desigualdades inerentes à natureza das pessoas, pressupostos que não são consentâneos com o pluralismo de valores, com a igualdade e liberdade substanciais e com a própria compreensão atual a respeito da dignidade humana.

<sup>595</sup> Em suma, para as autoras: “o conceito de liberdade não se atém ao significado liberal de autonomia da vontade, está muito mais relacionado à autodeterminação da pessoa, à possibilidade do sujeito de realizar “suas escolhas existenciais básicas e perseguir seu próprio projeto de vida” (SARMENTO, 2008, p. 646).” Ibid., p. 116.

<sup>596</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 345.

<sup>597</sup> Ibid., p. 335.

<sup>598</sup> Ibid., p. 345.

substancial, entende-se que “a liberdade vivida”<sup>599</sup> se apresenta como categoria relevante para o “reconhecimento da existência de grupos que vivem de forma diferente, com problemas específicos, decorrentes das diferenças no modo de viver, de adoecer e de ter oportunidades de satisfazer suas necessidades de vida”<sup>600</sup>.

A possibilidade de compreensão da identidade de gênero e da orientação sexual como vivências já é amplamente reconhecida no âmbito internacional e se reflete no Parecer Consultivo OC-24/2017<sup>601</sup>, elaborado pela Corte Interamericana de Derechos Humanos ao interpretar o Pacto São José da Costa Rica<sup>602</sup>. Nesse Parecer Consultivo, há referência expressa à autodeterminação sexual como aspecto correlato ao livre desenvolvimento da personalidade e ao direito à vida privada, sob a visão de que é o próprio indivíduo que continuamente (re)constrói a sua identidade, ainda que sob a influência das categorias socialmente engendradas em torno do gênero e da sexualidade:

g) El sexo, el género, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente a partir de las diferencias biológicas derivadas del sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables que individualizan a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo

<sup>599</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 345.

<sup>600</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. O direito à orientação sexual como decorrência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 14, n. 2, p. 105-125, 2º quad./2009, p. 131.

<sup>601</sup> Esses conceitos extraídos do Parecer Consultivo são citados pelo Min. Edson Fachin no julgamento da ADI 5543. “f) Identidad de Género: La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar – o no – la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género. Así, la identidad de género y su expresión también toman muchas formas, algunas personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres, o se identifican como ambos. (...) I) Orientación sexual: Se refiere a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a las relaciones íntimas y/o sexuales con estas personas. La orientación sexual es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación. Además, la orientación sexual puede variar a lo largo de un continuo, incluyendo la atracción exclusiva y no exclusiva al mismo sexo o al sexo opuesto. Todas las personas tienen una orientación sexual, la cual es inherente a la identidad de la persona”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC – 24/17 de 24 de noviembre de 2017**.

<sup>602</sup> Incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto nº 678/1992.

rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada (supra párr. 95);<sup>603</sup>.

Essas compreensões também transparecem no conceito de sexualidade delineado pela Organização Mundial de Saúde<sup>604</sup> e nos Princípios de Yogyakarta (2006)<sup>605</sup>, que se destinam à aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e a identidade de gênero e constituem diretrizes relevantes que devem ser consideradas pelo intérprete, diante da postura dialógica<sup>606</sup> exigida para efetivação dos direitos humanos<sup>607</sup>.

<sup>603</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC – 24/17 de 24 de noviembre de 2017**, par. 101.

<sup>604</sup> Esse conceito é citado no acórdão relativo à ADI 5543: *Sexuality is a central aspect of being human throughout life; it encompasses sex, gender identities and roles, sexual orientation, eroticism, pleasure, intimacy and reproduction. Sexuality is experienced and expressed in thoughts, fantasies, desires, beliefs, attitudes, values, behaviours, practices, roles and relationships. While sexuality can include all of these dimensions, not all of them are always experienced or expressed. Sexuality is influenced by the interaction of biological, psychological, social, economic, political, cultural, legal, historical, religious and spiritual factors*. WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Sexual Health, Human Rights and Law**, 2015, p. 5, item 1.1. Tradução livre: A sexualidade é um aspecto central do ser humano em sua vida e engloba sexo, identidades e papéis de gênero, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução. A sexualidade é vivida e expressada em pensamentos, fantasias, desejos, crenças, atitudes, valores, comportamentos, práticas, papéis e relacionamentos. A sexualidade pode envolver todas estas dimensões, mas nem sempre todas são vivenciadas ou expressas. A sexualidade é influenciada por uma interação de fatores de ordem biológica, psicológica, social, econômica, política, cultural, ética, legal, histórica, religiosa e espiritual.

<sup>605</sup> De modo geral, a orientação sexual e a identidade de gênero (real ou percebida) são elencadas nos Princípios de Yogyakarta como essenciais à dignidade e humanidade de cada pessoa, enfatizando-se o dever dos Estados de garantir a igualdade, com o combate à discriminação e ao controle sobre a forma pela qual as pessoas se identificam e vivenciam suas relações pessoais. COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. **Princípios de Yogyakarta**: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Trad. Jones de Freitas. Março, 2007.

<sup>606</sup> Merece ser retomada, nesse ponto, a compreensão de um constitucionalismo multinível que demanda a abertura dos sistemas jurídicos para diálogos e compartilhamento de experiências, em uma visão pluralista e múltipla voltada à proteção do ser humano concreto, por meio de “trocas e integração argumentativa”. FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. **Revista Ibérica do Direito**, Porto, v. 1, n. 1, p. 53-68, Jan/Jun 2020, p. 60.

<sup>607</sup> A título exemplificativo, consigna-se que os Princípios de Yogyakarta foram utilizados na fundamentação do voto dos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski no julgamento do Recurso Extraordinário 640.422, pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da ADPF 4277 e pelos Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes no julgamento da ADI 4275. O princípio citado com maior recorrência é o de número 3, consistente no “Direito ao reconhecimento perante a lei”, definido da seguinte maneira: Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa

Em suma, pode-se dizer que o reconhecimento igualitário dos mais diferentes aspectos da vida envolve o livre desenvolvimento da personalidade e vai muito além de meras escolhas: alcança as vivências da própria individualidade e as vivências dos relacionamentos pessoais, íntimos e sexuais. Assim, é sob a perspectiva da autodeterminação existencial como “liberdade positiva vivida”<sup>608</sup> que se passa a analisar os acórdãos que versaram sobre a autodeterminação sexual.

É preciso advertir que a esfera em que a autodeterminação foi mais referenciada e explicitada com maior densidade pelos acórdãos do Supremo Tribunal Federal certamente é a da sexualidade, o que justifica uma análise mais extensa, mesmo porque são essas decisões que permitirão confirmar se o tratamento jurídico atribuído à autodeterminação sexual é consentâneo com a categoria jurídica da autodeterminação existencial como “liberdade vivida”<sup>609</sup>. Além disso, a relevância da análise dessa questão, para o Direito Civil, decorre da profunda vinculação entre a autodeterminação sexual com o Direito de Família e os direitos da personalidade.

A autodeterminação sexual passou a se destacar, no STF, a partir do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132<sup>610</sup> e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, em que se procedeu à interpretação conforme do art. 226, § 3º, da Constituição da República<sup>611</sup>, para equiparar a união homoafetiva à união estável, bem como se enunciou o direito à adoção

---

constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum *status*, como casamento ou *status* parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero. COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. **Opinión Consultiva OC – 24/17 de 24 de noviembre de 2017**, p. 13.

<sup>608</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 345.

<sup>609</sup> *Id.*

<sup>610</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADPF nº 132/RJ**, Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 mai. 2011.

<sup>611</sup> CFRB: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

ativa por pessoas de qualquer orientação sexual, sozinhas ou não<sup>612</sup>. Nesse julgamento, o Min. Ayres Britto (relator) enfatizou que o “pluralismo como valor sócio-político-cultural”<sup>613</sup> integra a democracia substancial e que a “liberdade para dispor da própria sexualidade”, como “expressão da autonomia da vontade”, é “um autêntico bem da personalidade”<sup>614</sup>. Para o relator, o sexo “não se presta como fator de desigualação jurídica”<sup>615</sup> e a coerência e unidade do ordenamento jurídico impõem o reconhecimento da “preferência sexual como emanção do princípio da dignidade da pessoa humana”<sup>616</sup>, devendo ser assegurados o direito à busca da felicidade, a liberdade sexual e o direito subjetivo de constituir família<sup>617</sup>.

De modo geral, o reconhecimento da união homoafetiva foi embasado<sup>618</sup> na necessidade de resguardar a dignidade da pessoa humana dos homossexuais, a partir do reconhecimento do poder de definição dos rumos de sua própria vida, apesar de não haver uma precisão terminológica na designação

---

<sup>612</sup> Ressalvados o entendimento de três Ministros, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Gilmar Mendes, que entenderam pela impossibilidade de equiparação da união homoafetiva à união estável, nos termos em que esta está prevista no rol constitucional, mas votaram pelo reconhecimento dessa união como uma modalidade específica de entidade familiar.

<sup>613</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADPF nº 132/RJ**, Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 mai. 2011, p. 25.

<sup>614</sup> Id.

<sup>615</sup> Ibid., p. 2.

<sup>616</sup> Ibid., p. 3.

<sup>617</sup> Embora seja louvável a solução dada ao caso concreto, notadamente diante de seu vanguardismo à época, não se pode deixar de perceber fortes influências da categoria jurídica da autonomia privada na fundamentação do acórdão, bem como percepções que atualmente são criticáveis, como as referências à “liberdade para dispor” da sexualidade e à “autonomia da vontade”, que remetem à associação entre a sexualidade e uma escolha. Além disso, nota-se também que, ao reconhecer juridicidade à união homoafetiva, legitimou-se apenas uma das experiências não-heterossexuais, ao passo que outras foram excluídas ou deslegitimadas. A respeito desse último assunto em específico, cf.: SANTOS, Andressa Regina Bissoloti dos. Desdobramentos do pós-maio de 2011: reflexões sobre os requisitos da união estável a partir do cotidiano de casais do mesmo gênero. **civilistica.com**, v. 9, n. 1, p. 1-22, 9 maio 2020.

<sup>618</sup> Por brevidade, registra-se que, ao longo dos votos, houve referência aos princípios constitucionais da igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade, não discriminação, com algumas menções aos direitos à busca da felicidade, à intimidade e à própria identidade, como manifestações do livre desenvolvimento da personalidade. Também foi utilizada, com recorrência, a fundamentação de que o afeto é o elemento conformador das relações familiares e de que a homoafetividade é uma realidade fática que não viola direitos de terceiros, de modo que não há impedimento para sua proteção jurídica. Por fim, mencionou-se a tolerância, o papel contramajoritário do Judiciário, bem como a necessidade de proteção dos direitos das minorias políticas.

dessa liberdade existencial positiva<sup>619</sup>. Sobressai, nesse sentido, o voto do Min. Gilmar Mendes, ao fazer referência à autodeterminação como um fundamento constitucional relacionado à dignidade, à liberdade e à igualdade:

A inexistência de expressa vedação constitucional à formação de uma união homoafetiva, a constatação de sua aproximação às características e finalidades das demais formas de entidades familiares e a sua compatibilidade, *a priori*, com os fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação do desenvolvimento do indivíduo, da segurança jurídica, da igualdade e da vedação à discriminação por sexo e, em sentido mais amplo, por orientação sexual, apontam para a possibilidade de proteção e de reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo no atual estágio de nosso constitucionalismo<sup>620</sup>.

Em sentido semelhante, os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello qualificaram a autodeterminação como um direito fundamental associado à dignidade da pessoa humana, à privacidade e à liberdade de orientação sexual<sup>621</sup>. Defenderam expressamente a necessidade de proteção jurídica do projeto de vida<sup>622</sup> e da liberdade pessoal, em uma perspectiva substancial, já que afirmaram ser necessária uma tutela jurídica efetiva para afastar a submissão dos grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria<sup>623</sup>.

Nota-se, nessa argumentação, uma forte correlação com o pensamento de Stefano Rodotà, para quem a “autodeterminação se identifica com o projeto de vida realizado e desejado pela pessoa”<sup>624</sup> e é possibilitado pelo âmbito de

---

<sup>619</sup> Nesse sentido, o relator fez referência à autonomia da vontade quanto à sexualidade e, de forma semelhante, o Min. Luiz Fux afirmou a necessidade de proteção da “autonomia individual” (p. 54). A Min. Carmen Lúcia fez referência mais abstrata a uma “liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem” e a uma “livre escolha do modo de viver” (p. 93-94). BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADPF nº 132/RJ**, Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 mai. 2011.

<sup>620</sup> Ibid., p. 181-182.

<sup>621</sup> Ibid., p. 205.

<sup>622</sup> Ibid., p. 212.

<sup>623</sup> Os mesmos argumentos e referência à autodeterminação podem ser vistos no voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 477.554, por meio do qual foi confirmada, por unanimidade, a decisão monocrática pela qual se negara provimento a recurso interposto em face da atribuição de efeitos típicos de família a uma união homoafetiva. O relator incluiu a autodeterminação dentre os princípios essenciais da dignidade da pessoa humana, juntamente com a liberdade, a autodeterminação, a igualdade, o pluralismo, a intimidade, a não discriminação e a busca da felicidade. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no RE nº 477554**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 16 ago. 2011.

<sup>624</sup> RODOTÀ, Stefano. Autodeterminação e laicidade. Trad. de Carlos Nelson de Paula Konder. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 17, p. 139-152, jul./set. 2018, p. 145.

laicidade que inadmite a imposição de concepções majoritárias de bem e valores morais. Essa fundamentação reflete um importante avanço que resultou “de um longo processo histórico de construção da legitimidade dos discursos jurídicos e sociais em prol dos direitos LGBTI, especialmente o direito a constituir família”<sup>625</sup> e caracteriza uma importante transformação da prática jurídica.

Todavia, essas conquistas também evidenciam a necessidade de outras rupturas com os modelos de vida dominantes e maiores preocupações com os discursos relativos à sexualidade. A leitura da decisão permite constatar que alguns dos Ministros fizeram referência à “autonomia da vontade”<sup>626</sup>, ao mesmo tempo em que consideraram que a homossexualidade é uma “orientação” e não uma “opção sexual”, porque corresponderia “a uma característica da personalidade do indivíduo”<sup>627</sup>, que “é homossexual simplesmente porque o é”<sup>628</sup>. Essa fundamentação contém perplexidades, pois a orientação sexual é concebida como expressão da autonomia da vontade, ao mesmo tempo em que é considerada como uma característica que integra, de modo indelével, a essência individual<sup>629</sup>.

Parte dessa perplexidade pode ser atribuída à dificuldade de dissociação dos conceitos de autonomia da vontade e de autonomia privada da base semântica que advém de sua construção histórica, ou seja, de sua vinculação a uma escolha que se exprime pela manifestação de vontade. Note-se que essa constatação reforça as críticas formuladas anteriormente em relação às

---

<sup>625</sup> SANTOS, Andressa Regina Bissoloti dos. Desdobramentos do pós-maio de 2011: reflexões sobre os requisitos da união estável a partir do cotidiano de casais do mesmo gênero. *civilistica.com*, v. 9, n. 1, p. 1-22, 9 maio 2020, p. 3.

<sup>626</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADPF nº 132/RJ**, Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 mai. 2011, p. 3. Pode-se conceber que essa “autonomia da vontade” busca designar um dos elementos da dignidade humana. A esse respeito, aponta Daniel Sarmiento: “A autonomia privada corresponde à faculdade do indivíduo de fazer e implementar escolhas concernentes à sua própria vida. Ela expressa a autodeterminação individual e resulta do reconhecimento do ser humano como um agente moral, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si e com o direito de seguir a sua decisão, desde que não viole direitos alheios”. SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: Conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 140.

<sup>627</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADPF nº 132/RJ**, Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 mai. 2011, p. 59.

<sup>628</sup> *Ibid.*, p. 60. Nas palavras do Relator, “a única opção que o homossexual faz é pela publicidade ou pelo segredo das manifestações exteriores desse traço da sua personalidade. (Pre)Determinada a sua orientação sexual, resta-lhe apenas escolher entre vivê-la publicamente, expondo-se a toda sorte de reações da sociedade ou guardá-la sob sigilo” (*Id.*).

<sup>629</sup> *Ibid.*, p. 31.

dificuldades de utilização da categoria jurídica da autonomia privada para abranger diferentes expressões da liberdade<sup>630</sup>, notadamente aquelas desvinculadas do substrato do negócio jurídico, como as vivências e expressões da subjetividade.

Outro aspecto problemático consiste na compreensão da orientação sexual como algo inato e imutável, o que reflete a perspectiva essencialista em torno da orientação sexual, já criticada por desconsiderar tanto a marcação simbólica e social da diferença, a partir do referencial hegemônico, quanto o caráter mutável da subjetividade<sup>631</sup>.

É oportuno mencionar, ainda, que a utilização do referencial hegemônico também está presente na própria equiparação da união homoafetiva à união estável. Ainda que utilizada como recurso argumentativo de legitimação e justificação do reconhecimento do direito das pessoas homossexuais em constituir família, embasado na ausência de razão a autorizar o tratamento desigual, essa equiparação resulta na reafirmação das uniões estáveis entre pessoas heterossexuais como a “norma” a ser observada<sup>632</sup>. Essa crítica é desenvolvida por Andressa R. Bissoloti dos Santos:

É possível perceber nessas escolhas argumentativas que as relações heterossexuais, mesmo no contexto atual em que o direito já não se resume a elas, permanecem funcionando no ordenamento como norma, no sentido foucaultiano que propõe o funcionamento da norma como padrão, modelo, em relação ao qual as demais experiências as quais não podem dela se aproximar acabam por serem taxadas de anormais<sup>633</sup>.

<sup>630</sup> PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. 2017. Reimpressão. Lisboa: Livraria Almedina, 1982, p.15.

<sup>631</sup> A respeito do tema, Kathryn Woodward destaca que as perspectivas essencialistas sobre a identidade são aquelas que imputam um conjunto “cristalino e autêntico” de características que todos os componentes de determinado grupo compartilham, o que não se altera ao longo do tempo, sem atentar para as diferenças internas e características comuns partilhadas pelos membros do grupo e outros grupos WOODWARD, Kathryn. *Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual*. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (org.). **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. 15. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 12. No caso dos homossexuais, nota-se uma reivindicação essencialista baseada em discursos que definem o que é a homossexualidade, entretanto, esses discursos partem do lugar hegemônico da heteronormatividade.

<sup>632</sup> SANTOS, Andressa Regina Bissoloti dos. Desdobramentos do pós-maio de 2011: reflexões sobre os requisitos da união estável a partir do cotidiano de casais do mesmo gênero. **civilistica.com**, v. 9, n. 1, p. 1-22, 9 maio 2020, p. 3.

<sup>633</sup> *Ibid.*, p. 3-4.



Em que pesem esses aspectos problemáticos – que devem ser enfatizados, porque se repetem em maior ou menor grau nos demais acórdãos que se referem à autodeterminação sexual – nota-se que os Ministros não utilizam a base estrutural do negócio jurídico – manifestação de vontade, capacidade jurídica, previsão de efeitos futuros – para reconhecer a união homoafetiva. De modo geral, mesmo quando versam sobre a autonomia, atribuem a ela um sentido mais amplo de liberdade existencial. Por essa razão entende-se que a imprecisão terminológica não afasta o enfoque na autodeterminação existencial, como poder de definição dos rumos da própria vida.

Essa também é a ótica que orienta a apreensão da liberdade existencial, pelo STF, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 291<sup>634</sup>. A pretensão formulada na ADPF foi julgada parcialmente procedente para reconhecer a não recepção parcial do art. 235 do Código Penal Militar<sup>635</sup>, em relação às expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não”. Nesse acórdão, o Min. Celso de Mello consignou que a finalidade de proteção do decoro militar não autoriza designações pejorativas em relação à sexualidade. Utilizou a expressão autodeterminação e a qualificou como um princípio fundamental que se posiciona ao lado da dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, pluralismo, intimidade, não discriminação e busca da felicidade, os quais devem orientar a interpretação do ordenamento jurídico e a verificação de conformidade das normas infraconstitucionais com a Constituição. Para ele, o princípio da autodeterminação impõe o reconhecimento de um direito personalíssimo à orientação sexual<sup>636</sup>, a ser resguardado da intolerância.

No Recurso Extraordinário 670.422<sup>637</sup>, foi reconhecida a possibilidade de alteração do prenome e do gênero constantes do registro civil de pessoas

---

<sup>634</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADPF nº 291/RJ**, Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 28 out. 2015.

<sup>635</sup> Na literalidade do dispositivo legal: “**Pederastia ou outro ato de libidinagem.** Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com êle se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar: Pena - detenção, de seis meses a um ano”. Decreto-Lei nº 1.001/1969.

<sup>636</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADPF nº 291/RJ**, Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 28 out. 2015, p. 81.

<sup>637</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RE nº 670422/RS**, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 15 ago. 2018.

transgêneras<sup>638</sup>. Já na admissão da repercussão geral do recurso, consignou-se que o núcleo da discussão versava sobre o “conteúdo jurídico do direito à autodeterminação sexual”<sup>639</sup>, consistente nos princípios da personalidade, dignidade da pessoa humana, intimidade e saúde. O mérito do RE 640.422 foi julgado com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275<sup>640</sup>, pela qual se fixou, em sede de controle abstrato de constitucionalidade<sup>641</sup>, que as pessoas transgêneras possuem o direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e do gênero no assento de nascimento, independentemente de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo e mediante simples manifestação de vontade, pela via judicial ou administrativa. A solução jurídica foi amparada, principalmente, nos “princípios da dignidade humana, da personalidade, da intimidade, da isonomia, da saúde e da felicidade”<sup>642</sup> e prevaleceu o posicionamento do Min. Edson Fachin, no sentido de que o pedido de alteração pode ser realizado por meio de simples manifestação de vontade da pessoa com mais de dezoito anos, sem que se exijam laudos médicos, psicológicos ou outros instrumentos patologizantes, sobretudo a cirurgia, garantindo-se o sigilo<sup>643</sup>.

---

<sup>638</sup> A expressão transgêneros é mais abrangente do que o vocábulo transexual. Letícia Lanz define a transgeneridade como “um fenômeno extremamente amplo, podendo apresentar uma imensa variedade de manifestações. O termo transgênero também vem sendo utilizado para classificar pessoas que, de alguma forma, não se reconhecem e/ou não podem ser socialmente reconhecidas nem como ‘homem’, nem como ‘mulher’, pois a sua identidade de gênero não se enquadra em nenhuma das duas categorias disponíveis. Transgênero refere-se a todo tipo de pessoa envolvida em comportamentos e/ou atividades que transgridem as normas de conduta impostas pelo dispositivo binário de gênero.” LANZ, Letícia. **O Corpo da roupa**: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero. 2014. 342f Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Defesa: Curitiba, 10/06/2014, p. 71.

<sup>639</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RE nº 670422/RS**, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 15 ago. 2018, p. 1.

<sup>640</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4275/DF**, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 01 mar. 2018. A ADI foi ajuizada pela Procuradoria Geral da República para dar interpretação conforme ao art. 6.015/1973, também no intuito de ver reconhecida a possibilidade de mudança de sexo e prenome, por transexuais, no registro civil, independentemente da realização de cirurgia de redesignação de sexo.

<sup>641</sup> A decisão foi tomada por maioria de votos, vencidos parcialmente os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes – pela necessidade de decisão judicial para a criminalização da homofobia – e o Ministro Marco Aurélio, que, além da necessidade de decisão judicial, apontou para a exigência do cumprimento de determinadas condições, pelo requerente, para a obtenção da alteração do registro civil.

<sup>642</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 670422/RS**, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 15 ago. 2018, p. 1.

<sup>643</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4275/DF**, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 01 mar. 2018, p. 37-38. De modo geral, como nos demais acórdãos analisados, os votos

A autonomia privada<sup>644</sup> – no sentido de autonomia privada existencial, delimitado na sistematização do capítulo anterior –, está presente na referência à manifestação de vontade necessária ao requerimento da retificação, perante o Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais. Nesse ponto, a posição majoritária, ao afastar a exigência de laudos psicológicos, cirurgia de redesignação ou outros instrumentos patologizantes, buscou resguardar as diferentes expressões da subjetividade frente aos modelos hegemônicos do sistema sexo-gênero, em atenção às vulnerabilidades enfrentadas especificamente pelas pessoas transgêneras<sup>645</sup>, ainda que tenha sido imposta a idade mínima de dezoito anos<sup>646</sup> para a manifestação de vontade perante o cartório.

Segundo a delimitação adotada na sistematização crítica, a autonomia privada existencial é uma das expressões da autodeterminação existencial, ao lado da “liberdade positiva vivida”<sup>647</sup>. O tema da alteração do registro civil de pessoas transgêneras evidencia a peculiar situação em que a autonomia privada existencial se torna um instrumento essencial para a promoção da liberdade associada à vivência da própria subjetividade ou identidade sexual. Afinal, é por

---

manifestados se fundamentaram no propósito constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, nos princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana e liberdade e nos direitos à privacidade, intimidade, busca da felicidade, reconhecimento, livre desenvolvimento da personalidade e autonomia. Mencionaram-se, também, a liberdade individual, a liberdade de escolha, a autonomia da vontade e a autodeterminação, sendo esta concebida ora como um direito fundamental, ora como um princípio.

<sup>644</sup> Ou “autonomia da vontade”, expressão utilizada pelo Min. Edson Fachin (p. 59) e pelo Min. Luiz Fux (p. 144). BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 670422/RS**, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 15 ago. 2018.

<sup>645</sup> As pessoas transgêneras possuem grande dificuldade de vivenciar a própria subjetividade em uma sociedade marcada pelos padrões hegemônicos heteronormativos e sofrem grandes dificuldades para a sua inserção no mercado de trabalho, especialmente o formal. Não raro, são severamente marginalizadas e precisam recorrer à prostituição para a manutenção da própria subsistência. Sobre o tema, cf.: SERAU JR, Marco Aurélio; ARNAUT, Danilo. Benefícios previdenciários para pessoas transgêneras. In: PANCOTTI, Heloísa Helena Silva. (Org.). **Os direitos da população LGBTI+**: legalidade, luta e resistência. São Paulo: Todas as Musas, 2019, pp. 71-96.

<sup>646</sup> Essa limitação etária é merecedora de reflexões, notadamente diante das normas de inclusão previstas na Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (artigos. 23 e 25) e no Estatuto da Pessoa com Deficiência (artigos. 6º, 8º, 18 e 85, § 1º), segundo as quais a deficiência ou ausência de capacidade civil não afetam os atos de caráter existencial e o exercício de direitos sexuais e reprodutivos. A partir dessa perspectiva, é possível questionar o estabelecimento da maioridade civil como requisito para o exercício do direito reprodutivo correspondente à alteração do registro civil. A temática será retomada adiante.

<sup>647</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 345.

meio desse ato de caráter existencial que se garante à pessoa transgênera o reconhecimento jurídico de sua identidade autopercebida, assegurando que seus documentos sejam consentâneos com sua autoidentificação.

É preciso dizer, inclusive, que a terminologia<sup>648</sup> utilizada pelos Ministros remete muito mais à autodeterminação existencial do que à autonomia privada existencial, uma vez que é possível identificar uma ênfase na “liberdade positiva vivida”<sup>649</sup> e na necessidade de se resguardar as vivências e expressões da subjetividade, o que se extrai da própria enunciação de um direito à autodeclaração e à autopercepção da identidade.

No entanto, também nesse julgamento, remanescem aspectos passíveis de críticas. Em seu voto, o Min. Roberto Barroso menciona a autonomia como “capacidade de o indivíduo fazer escolhas pessoais ao longo da vida, sem influências externas indevidas”<sup>650</sup> ao mesmo tempo em que consigna que a atribuição de direitos aos transexuais é necessária e inevitável, porque “o indivíduo nasceu assim e irá morrer assim”<sup>651</sup>.

Aplicam-se a esse entendimento as mesmas críticas já alavancadas quanto à impossibilidade de se apreender a liberdade em termos estritamente negativos e à impossibilidade de se associar a transgeneridade a uma escolha. Sobretudo em situações de desigualdade estrutural<sup>652</sup>, a autodeterminação existencial demanda tanto um espaço de não coerção quanto a adoção de medidas e políticas públicas que minimizem a discriminação e permitam ao indivíduo vivenciar a própria identidade de gênero autopercebida. Dentre essas medidas, situa-se o reconhecimento da possibilidade de alteração do prenome

---

<sup>648</sup> Os votos dos magistrados fizeram referência ao direito “de viver em sociedade” (p.29), à necessidade de proteção à “identidade e eticidade constituintes da própria individualidade” (p.53), ao “colorido da vivência real”, à “liberdade de ser” (p. 35), ao “modo de ser e agir” (p.48), à “liberdade existencial do indivíduo” (p. 139), à “livre eleição dos planos de vida e ideais individuais” (p.101). Houve, inclusive, referências expressas à “autodeterminação de gênero” (p. 35), à “autodeterminação sexual” (p.49) e ao “direito à autodeterminação da pessoa” (p.104). BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 670422/RS**, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 15 ago. 2018.

<sup>649</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 345.

<sup>650</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 670422/RS**, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 15 ago. 2018, p. 85.

<sup>651</sup> Ibid., 82.

<sup>652</sup> SABA, Roberto. **Mas allá de la igualdad formal ante la ley**. ¿Que les debe el Estado a los grupos desaventajados? Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 233 a 236.

e do gênero no registro de nascimento, no entanto, há muitas outras situações que ainda dependem de uma atuação positiva do Estado para assegurar direitos e resguardar a dignidade da pessoa transgênera, a exemplo da admissibilidade de uso do nome social por crianças e adolescentes em instituições de ensino<sup>653</sup> e os critérios etários estabelecidos na legislação previdenciária<sup>654</sup>.

Além disso, atribuir às identidades sexuais uma essência fixa para justificar o reconhecimento de direitos não contribui para o combate às práticas culturais enraizadas, porque pode remeter à perspectiva errônea de que a diferença deve ser tolerada<sup>655</sup> por impossibilidade de assimilação à perspectiva hegemônica. A apreensão de uma essência fixa a respeito da transgeneridade também resulta no estabelecimento de critérios normalizadores para defini-la e legitimar subjetividades, o que se mostra incompatível com o direito à diferença, porque exclui outras vivências que não se enquadram nesses critérios<sup>656</sup>.

---

<sup>653</sup> Por meio da Resolução CNE/CP nº 01/2018, o Conselho Nacional da Educação regulamentou “a possibilidade do uso do nome social de travestis e transexuais nos registros escolares da educação básica”, todavia, exige-se a representação legal dos pais para a solicitação do uso do nome social de menores de dezoito anos em seu artigo 4º. Essa exigência pode vulnerar os direitos e a autodeterminação existencial das crianças e, principalmente, dos adolescentes transgêneros em caso de negativa de seus representantes legais em realizar a solicitação. A autodeterminação sexual das crianças, adolescentes e jovens transgêneros também exige a fiscalização do efetivo cumprimento da resolução pelas instituições de ensino, além de outras medidas voltadas a minimizar a transfobia e a discriminação enfrentada nesses ambientes. Para além das preocupações com a efetividade, é necessário apontar, ainda, que tramita no Legislativo iniciativa voltada a sustar a possibilidade de uso do nome social nas escolas, o que seria um evidente retrocesso (PDL 520/2019).

<sup>654</sup> Observe-se que os critérios etários estabelecidos pelas leis previdenciárias são pautados na divisão binária homem/mulher e dificultam o acesso das pessoas trans aos benefícios, porque não consideram a realidade específica por elas vivenciada, notadamente as dificuldades de inserção no mercado formal de trabalho e de manutenção de sua própria subsistência, uma realidade que influencia enormemente na capacidade contributiva e na possibilidade de aposentadoria dessas pessoas. Essa problematização é extraída do seguinte artigo: SERAU JR, Marco Aurélio; ARNAUT, Danilo. Benefícios previdenciários para pessoas transgêneras. In: PANCOTTI, Heloísa Helena Silva. (Org.). **Os direitos da população LGBTI+:** legalidade, luta e resistência. São Paulo: Todas as Musas, 2019, pp. 71-96.

<sup>655</sup> Como se mencionou ao início da dissertação, tolerar pode ensejar a equivocada acepção de “suportar, aguentar, aceitar, permitir, pressupondo que aquele que tolera encontra-se numa posição de certa superioridade em relação ao tolerado, e que possui razões – seja de ordem ideológica, moral ou religiosa – para, a princípio, inadmitir aquilo que tolera” VAZ, Livia Maria Santana e Sant’Anna. A igualdade racial no âmbito das relações jurídico-privadas: não discriminação e obrigação de contratar. In: MIRANDA, Jorge. (Org.). **Direitos fundamentais:** uma perspectiva de futuro. São Paulo: Atlas, 2013, p. 291.

<sup>656</sup> A respeito da permanente tensão entre normalizações e resistências no reconhecimento de direitos LGBTQIA+, cf.: SANTOS, Andressa Regina Bissoloti dos. **Movimento LGBT e direito:** identidades e discursos em (des)construção. 2017. 234f Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 30/03/2017.

Para ilustrar algumas dificuldades envolvidas nesses argumentos, cabe menção ao voto vencido do Min. Marco Aurélio, que defendeu a possibilidade de alteração do prenome e do gênero, com base na dignidade da pessoa humana, na definição dos rumos da própria vida e na vivência plena<sup>657</sup>, mas consignou que a alteração do registro civil “deve ser precedida de critérios técnicos aptos a comprovarem a transexualidade”<sup>658</sup>, dentre os quais o diagnóstico médico, após acompanhamento interdisciplinar por dois anos, e a idade mínima de vinte e um anos<sup>659</sup>. Esse posicionamento é criticável não apenas por exigir, para a alteração do registro civil (procedimento documental e dotado de plena reversibilidade), os mesmos critérios impostos (à época) para a cirurgia de redesignação do sexo, mas também pela ausência de razoabilidade na imposição da idade mínima de vinte e um anos. O critério etário destoa da presunção de plena capacidade a partir da maioridade civil<sup>660</sup> e não considera o ser humano concreto, cujo grau de discernimento e amadurecimento para a tomada dessa decisão existencial pode estar presente antes mesmo dos dezoito anos<sup>661</sup>. Além disso, as exigências de diagnóstico médico e dois anos de acompanhamento interdisciplinar, reforçam a

<sup>657</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 670422/RS**, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 15 ago. 2018, p. 134.

<sup>658</sup> Ibid., p. 136. Em suma, propôs os seguintes condicionamentos à alteração do registro civil: “Sigo potencializando a necessidade de condicionar-se a alteração do assentamento de pessoa ao preenchimento dos seguintes requisitos, a ser aferidos em procedimento de jurisdição voluntária, com a participação do Ministério Público, observados os artigos 98 e 99 da Lei nº 6.015/1973: (i) idade mínima de 21 anos – cumpre esclarecer, neste ponto, não estar em jogo a maioridade civil, alcançada, nos termos do Código Civil de 2002, aos 18 anos, mas, sim, a maturidade adequada para a tomada de decisão; e (ii) diagnóstico médico de transexualismo, consoante os critérios do artigo 3º da Resolução nº 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina, por equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto”. Ibid., p. 138.

<sup>659</sup> Critérios estabelecidos pela já revogada Resolução 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina, para a própria cirurgia de redesignação de sexo. Atualmente, a Resolução 2265/2019 do Conselho Federal de Medicina estabeleceu, para a realização da cirurgia, a idade mínima de dezoito anos de idade e o acompanhamento psiquiátrico por um ano, nos termos de seu art. 11.

<sup>660</sup> Art. 5º, *caput*, do Código Civil (Lei 10.406/2002).

<sup>661</sup> Ao fazê-lo, reforça a marginalização social, sobretudo para ingresso no mercado de trabalho, pois a exigência levaria a pessoa transgênera a aguardar até os vinte e um anos de idade para que seus documentos pudessem refletir a identidade de gênero autopercebida e por ela vivenciada. Diante das dificuldades de inserção da pessoa transgênera no mercado de trabalho, aponta-se, inclusive, para a necessidade de relativização das exigências para o alcance de benefícios previdenciários: SERAU JR, Marco Aurélio; ARNAUT, Danilo. Benefícios previdenciários para pessoas transgêneras. In: PANCOTTI, Heloísa Helena Silva. (Org.). **Os direitos da população LGBTI+**: legalidade, luta e resistência. São Paulo: Todas as Musas, 2019, pp. 71-96.

patologização da transgeneridade, na medida em que a pessoa transgênera apenas tem a sua vivência (e, paradoxalmente, a possibilidade de definição dos rumos da própria vida) resguardada se houver confirmação médica<sup>662</sup> de sua transgeneridade<sup>663</sup>.

Nesse ponto, é oportuno reiterar que a própria definição de uma “identidade transgênera” pressupõe as categorias de sexo e gênero construídas culturalmente e pode se mostrar excludente em relação a muitas vivências e realidades existentes, já que utiliza os mesmos padrões hegemônicos para fazer a leitura das diferentes vivências. O corpo das pessoas transgêneras (assim como o das intersexuais) recai em um “paradigma de erro”, quando o verdadeiro problema está no “olhar”, ou seja, na percepção dos demais, que julgam e avaliam esses corpos a partir de um filtro hegemônico<sup>664</sup>. Exigir o cumprimento de requisitos como diagnósticos médicos reforça exatamente esse filtro hegemônico e excludente<sup>665</sup>. Assim, não é razoável impor formalismos que impeçam a adequação dos documentos à identidade de gênero autopercebida, o que apenas contribui para o reforço da marginalização social.

A partir dessas críticas, torna-se bastante clara a importância de se compreender as categorias jurídicas em suas especificidades, para que se lhes possa oferecer um tratamento jurídico consentâneo com as suas peculiaridades.

---

<sup>662</sup> “Veja-se que o transexual, para ter confirmação de que é transexual, precisa passar por um longo período de análise por profissionais que se entendem aptos a realizar esse processo, sendo que em caso de negativa de diagnóstico, não há o que ser feito. O transexual, pelo fato de não seguir normas impositivas de gênero, depende de outras pessoas que lhe digam quem ele é de fato. Isso vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana em seu máximo grau. A cirurgia é entendida como terapêutica, ainda que muitos transexuais não a realizem, reforçando o estigma da doença”. NICOLAU, Camila Christiane Rocha. O direito à integridade física na cirurgia de transgenitalização. In: PANCOTTI, Heloísa Helena Silva. (Org.). **Os direitos da população LGBTI+**: legalidade, luta e resistência. São Paulo: Todas as Musas, 2019, p. 212.

<sup>663</sup> Essa categorização médica da transexualidade é ainda mais problemática porque sequer há um discurso médico unívoco sobre a sexualidade. BARBOZA, Heloísa Helena Gomes. **Procedimentos para redesignação sexual: um processo bioeticamente inadequado**. 174 f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2010, p. 59.

<sup>664</sup> MISSÉ, Miquel. El impacto de la patologización en la construcción de la subjetividad de las personas trans. In: **Transexualidades**: otras miradas posibles. Barcelona: Editorial Egales, 2013, p. 66-67.

<sup>665</sup> A “enunciação de uma identidade como legítima, ou valiosa acaba por levar também à construção de um refugio de identidades ilegítimas e não-valiosas”. SANTOS, Andressa Regina Bissoloti dos. **Movimento LGBT e direito: identidades e discursos em (des)construção**. 2017. 234f Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 30/03/2017, p. 26.

Reforçam-se, aqui, as palavras de Gabriel Schulman, no sentido de que as liberdades existenciais “demandam um direito vocacionado de modo singular para as pluralidades e de modo plural para as singularidades<sup>666</sup>”. Cada ato existencial deve ser analisado em um plano contextual, de modo que as exigências para a aferição das competências para o exercício da autodeterminação devem considerar as especificidades e complexidades da situação concreta<sup>667</sup>.

O posicionamento prevalecente na decisão adotou uma solução jurídica adequada ao estabelecer critérios razoáveis e objetivos para o requerimento da alteração registral pela via administrativa, os quais também se mostram consentâneos com a necessidade de maior segurança jurídica, usualmente exigida para qualquer alteração do registro civil. Entretanto, em uma perspectiva plural e a depender das especificidades do caso concreto, a alteração judicial do nome e do sexo deveria até mesmo prescindir do cumprimento da idade mínima de dezoito anos, a fim de resguardar a autodeterminação existencial da pessoa transgênera com base em critérios como a maturidade, reversibilidade, experiência prévia<sup>668</sup> e, em especial, o “itinerário existencial”<sup>669</sup> e as “múltiplas projeções de vida”<sup>670</sup> da pessoa que solicita a alteração. Essa compreensão mostra-se necessária até mesmo para resguardar as decisões da(o) adolescente transgênera(o), que também possui o direito de “ver respeitado o seu processo de desenvolvimento e a afirmação sua própria identidade”, seja em relação à alteração do registro civil, seja em relação ao uso do nome social nas instituições

---

<sup>666</sup> SCHULMAN, Gabriel. **Internação forçada, saúde mental e drogas**: é possível internar contra a vontade? Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 98.

<sup>667</sup> SCHULMAN, Gabriel. Esterilização forçada, incapacidade civil e o caso Janaína: “não é segurando nas asas que se ajuda um pássaro a voar”. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Canoas, v. 6, n. 2, p. 107-123, 2018, p. 110.

<sup>668</sup> Critérios extraídos de SCHULMAN, Gabriel. Op. cit., 2020, p. 106.

<sup>669</sup> RODOTÀ, Stefano. Autodeterminação e laicidade. Trad. de Carlos Nelson de Paula Konder. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 17, p. 139-152, jul./set. 2018, p. 145.

<sup>670</sup> SCHULMAN, Op. cit., 2018, p. 112.



de ensino<sup>671</sup>, ou mesmo em relação ao uso de hormonioterapia para obstar as mudanças relativas à puberdade no próprio corpo<sup>672</sup>.

A partir dessas reflexões, é possível reafirmar a importância da apreensão da autodeterminação sexual (e existencial) como a “liberdade positiva vivida”<sup>673</sup> que emana do próprio comportamento, vivências e manifestações da subjetividade, sem se vincular a uma essência inata ao indivíduo ou a escolhas e declarações de vontade. Por essa razão, a compreensão de que a autodeterminação existencial não se restringe à categoria jurídica da autonomia privada tem o potencial de apresentar soluções jurídicas mais adequadas à proteção das liberdades e da pessoa humana na diversidade de seus modos de viver e expressar a própria subjetividade.

Em relação à questão identitária, apesar das críticas delineadas, houve alguns posicionamentos que consideraram as influências das normas culturais e sociais sobre a subjetividade, em uma perspectiva menos essencialista sobre a identidade. Nesse sentido, a Min. Rosa Weber fez diversas menções à autodeterminação, classificada como um direito fundamental autônomo derivado da dignidade da pessoa humana, e examinou expressamente a influência do aspecto social da sexualidade:

O direito à autodeterminação sexual constitui direito individual que decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto valor-fonte que informa e conforma todo o ordenamento constitucional. A identidade sexual, portanto, qualifica-se como um direito fundamental de personalidade que tem como elemento mínimo de concretização a adequação da concepção individual de sexualidade ao quanto expressado nos assentos do registro civil, como forma de compatibilizar o prenome e o gênero sexual à real condição morfológica e psicológica do indivíduo.

Por seu turno, a identidade de gênero, cumpre enfatizar, está conectada com a forma como o indivíduo se manifesta e se reconhece, de modo que não tem correspondência necessária e consequente com

<sup>671</sup> Reitere-se que, por meio da Resolução CNE/CP nº 01/2018, o Conselho Nacional de Educação regulamentou “a possibilidade do uso do nome social de travestis e transexuais nos registros escolares da educação básica”. Todavia, exige-se a representação legal dos pais para a solicitação do uso do nome social de menores de dezoito anos em seu artigo 4º.

<sup>672</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO, Renata. A autonomia existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. In: ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: 2016, p. 324.

<sup>673</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 345.

a expectativa social do sexo biológico. A sexualidade não pode ser mais compreendida, no estágio atual evolutivo da sociedade e de seus valores, apenas no seu aspecto anatômico-biológico, mas antes a partir do aspecto psicossocial (...)<sup>674</sup>.

De modo semelhante, a Min. Carmem Lúcia apontou ser necessário retirar os transgêneros da zona de invisibilidade em que vivem, destacando que o gênero é “elemento de identificação cultural” e que “cultura é expressão de vivência humana comunitária”<sup>675</sup>. Mencionou a ausência de assimilação da sexualidade com a questão biológica, diante da complexidade da pessoa humana<sup>676</sup>, e reforçou a importância da tutela jurídica à “prerrogativa de reconhecer-se segundo saudáveis convicções íntimas e de ser reconhecido como tal”<sup>677</sup>. Observe-se que essa alteração discursiva a respeito da sexualidade não é meramente retórica, pois já representa importantes alterações em alguns dos filtros a partir dos quais são lidos os corpos e vivências que se distinguem dos padrões hegemônicos.

Houve também menções à autodeterminação sexual<sup>678</sup> que apontam para a necessidade de reconhecimento jurídico, pelo Estado e pela sociedade, da normatividade<sup>679</sup> que emana do exercício da liberdade (o que inclui as manifestações da própria subjetividade e sexualidade). Nas palavras de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, a atuação dos juízes no reconhecimento da “normatividade que decorre da liberdade vivida”<sup>680</sup> é imprescindível em uma sociedade democrática, pois “assegurar o pluralismo na esfera do privado não

---

<sup>674</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4275/DF**, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 01 mar. 2018, p. 119.

<sup>675</sup> Ibid., p. 150.

<sup>676</sup> Ibid., p. 158.

<sup>677</sup> Ibid. p. 168.

<sup>678</sup> O Min. Celso de Mello define a autodeterminação de gênero como um poder fundamental, como é possível observar: “O direito à autodeterminação do próprio gênero, enquanto expressão do princípio do livre desenvolvimento da personalidade, qualifica-se como poder fundamental da pessoa transgênera, impregnado de natureza constitucional, e traduz, iniludivelmente, em sua expressão concreta, um essencial direito humano cuja realidade deve ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal”. Ibid., p. 165

<sup>679</sup> Nesse sentido, merece destaque o trecho em que a Min. Rosa Weber apontou que o Supremo Tribunal Federal, ao admitir a união homoafetiva como entidade familiar, “definiu interpretação jurídica quanto ao alcance do significado normativo do direito à liberdade”, reconhecendo um direito fundamental à orientação sexual”. Ibid., p. 123.

<sup>680</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 237.

significa apenas permitir a igual participação na deliberação democrática, mas, também, a proteção e a chancela de ‘modos de vida’ que diferem de concepções majoritárias”<sup>681</sup>. De modo semelhante, para Daniel Sarmiento, a liberdade positiva “visa não só a impedir a imposição de barreiras às escolhas individuais, mas objetiva também empoderar as pessoas para que possam realmente exercer a plenitude da sua liberdade”<sup>682</sup>.

De forma geral, ao se analisar a fundamentação utilizada no julgamento do RE 640.422 e da ADI 4.275, afere-se que a referência à autodeterminação envolve também esse aspecto positivo da liberdade, que alcança diferentes modos de vida e aponta para a necessidade de seu reconhecimento jurídico<sup>683</sup>, o que é essencial para a superação de vulnerabilidades e para a garantia da liberdade e igualdade substanciais (ainda que sejam necessárias importantes alterações no plano discursivo para que o direito à diferença seja efetivamente assegurado).

O dever de proteção e de reconhecimento jurídico tornou-se ainda mais claro no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, ADO 26<sup>684</sup>, cuja pretensão foi julgada procedente por maioria de votos<sup>685</sup>. Nesse precedente, foi reconhecida a exposição e sujeição dos integrantes da comunidade LGBTQIA+ a graves ofensas a seus direitos fundamentais, em decorrência da superação irrazoável do prazo para implementação, pelo Poder Público, do mandamento constitucional de criminalização inserto no art. 5º, XLI e XLII, da Constituição da República, quanto aos atos de discriminação decorrentes de orientação sexual e de identidade de gênero. Por meio dessa

---

<sup>681</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 237.

<sup>682</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: Conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 159.

<sup>683</sup> Nesse sentido, cita-se o seguinte trecho do voto do Min. Ricardo Lewandowski: “A autodeterminação da pessoa “trans” deve integrar o patrimônio normativo na luta por reconhecimento deste grupo minoritário. Isso quer dizer que, numa sociedade igualitária e democrática, que respeite os direitos fundamentais, as pessoas devem ver reconhecido seu direito ao nome e ao gênero de acordo com sua autoidentificação, sem que possam ser exigidas condicionantes irrazoáveis”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4275/DF**, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 01 mar. 2018, p. 116-117.

<sup>684</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADO nº 26/DF**, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 13 jun. 2019.

<sup>685</sup> Vencidos os Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski, que julgaram parcialmente procedente a ação e o Ministro Marco Aurélio, que a julgou improcedente.

decisão, o STF atribuiu interpretação conforme à Constituição, para reconhecer que a transfobia e a homofobia – aversão odiosa à identidade de gênero ou orientação sexual – enquadram-se no conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716/89, em sua dimensão social<sup>686</sup>, além de caracterizar circunstância qualificadora do homicídio doloso, por configurar motivo torpe, nos termos do art. 121, § 2º, I, parte final, do Código Penal<sup>687</sup>.

O relator, Min. Celso de Mello, consignou que todos possuem “igual capacidade de autodeterminação quanto às suas escolhas pessoais em matéria afetiva e amorosa, especialmente no que concerne à sua vivência homoerótica”<sup>688</sup>. Considerou que “as várias formas de expressão da diversidade sexual humana” constituem “aspecto fundamental e estruturante da identidade de cada pessoa”<sup>689</sup>, justamente porque estão relacionadas à individualidade e à personalidade e correspondem à “dimensão fundamental da experiência existencial dos seres humanos”<sup>690</sup>. Por fim, considerou que a “ausência de adequada proteção estatal” aos integrantes da comunidade LGBTQIA+, agrava a sua exposição a ações de caráter segregacionista e à negação do “reconhecimento da legitimidade de sua própria existência”<sup>691</sup>.

A referência à vivência individual e à experiência existencial denota um importante afastamento em relação ao substrato negocial da autonomia privada, ainda que não haja um efetivo desprendimento em relação à perspectiva essencialista da identidade. Observe-se, inclusive, que o conceito de

---

<sup>686</sup> O racismo, apreendido em sua dimensão social pelo acórdão, com base em interpretações realizadas pela própria Corte Constitucional brasileira em caso anterior (caso Ellwanger), não se pautou em características biológicas e fenotípicas, mas na desigualdade e na manifestação de poder que viabiliza “a dominação do grupo majoritário sobre integrantes de grupos vulneráveis (...), fazendo instaurar, mediante odiosa (e inaceitável) inferiorização, situação de injusta exclusão de ordem política e de natureza jurídico-social”, voltada à segregação, “ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da alteridade” daqueles que não se enquadram na posição hegemônica. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADO nº 26/DF**, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 13 jun. 2019, p. 6-7.

<sup>687</sup> Não se admitiu o pedido indenizatório formulado em face do Poder Público, relativamente aos danos decorrentes da inobservância do mandado de criminalização, por se tratar de instrumento voltado à tutela objetiva da ordem constitucional, em abstrato. Também se rejeitou a possibilidade de o STF proceder à tipificação penal de condutas, em razão da reserva constitucional de lei em sentido formal.

<sup>688</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADO nº 26/DF**, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 13 jun. 2019, p. 5.

<sup>689</sup> Ibid., p. 43.

<sup>690</sup> Ibid., p. 45.

<sup>691</sup> Ibid., p. 48-49.

autodeterminação é utilizado explicitamente pelo relator para designar a liberdade fundamental de se estabelecer e viver os projetos de vida e a necessidade de se resguardar a individualidade frente às imposições de padrões existenciais hegemônicos que correspondem a construções artificiais:

Essa visão de mundo, Senhores Ministros, fundada na ideia, artificialmente construída, de que as diferenças biológicas **entre** o homem e a mulher **devem determinar** os seus papéis sociais (“meninos vestem azul e meninas vestem rosa”), impõe, notadamente em face dos integrantes da comunidade LGBT, uma inaceitável restrição às suas liberdades fundamentais, submetendo tais pessoas a um padrão existencial heteronormativo, incompatível com a diversidade e o pluralismo **que caracterizam** uma sociedade democrática, impondo-lhes, ainda, a observância de valores que, além de conflitarem com sua própria vocação afetiva, conduzem à frustração de seus projetos pessoais de vida.

(...)

Isso significa, portanto, **como já se escreveu**, que a liberdade e a autenticidade de cada ser humano **constituem** valores **revestidos** de inquestionável essencialidade, a revelar que o indivíduo, sendo fator de seu próprio destino, deve conduzir a sua vida segundo suas escolhas **fundadas** em valores por ele aceitos e aos quais ele voluntariamente se submete **no exercício** de sua liberdade pessoal e **na prática efetiva** de sua capacidade de autodeterminação.<sup>692</sup>

Apesar de serem criticáveis às referências a expressão “escolhas”, conforme a problematização já delineada, a capacidade de autodeterminação foi correlacionada à possibilidade efetiva de definir os próprios projetos de vida e vivenciá-los<sup>693</sup>, e se consignou expressamente a existência de um direito à autodeterminação quanto ao gênero e à orientação sexual, como um poder jurídico constitucional:

O Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, veio a assinalar **que o direito à autodeterminação** do próprio gênero ou à definição de sua orientação sexual, **enquanto expressões** do princípio do livre desenvolvimento da personalidade – longe de caracterizar mera “ideologia de gênero” ou teoria sobre a sexualidade humana – qualifica-se como poder fundamental de qualquer pessoa, **inclusive** daquela **que compõe o grupo LGBT**, poder jurídico esse **impregnado** de natureza constitucional e que traduz, ineludivelmente, em sua expressão concreta, um essencial direito humano cuja realidade deve ser reconhecida pelos Poderes Públicos, (...) <sup>694</sup>.

<sup>692</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADO nº 26/DF**, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 13 jun. 2019, p. 50-51 (grifos no original).

<sup>693</sup> Ibid., p. 5.

<sup>694</sup> Ibid., p. 53 (grifos no original).

A expressão autodeterminação também foi utilizada pelos Ministros Rosa Weber<sup>695</sup>, Luiz Fux<sup>696</sup> e Gilmar Mendes<sup>697</sup>, sempre com referência à necessidade de se resguardar a própria individualidade e a dignidade da pessoa humana.

Esse foi o tratamento jurídico atribuído pelos Ministros à liberdade existencial, para a definição da solução jurídica para o caso. Além de haver posicionamentos que identificaram a sexualidade e suas expressões (orientação sexual e identidade de gênero) como vivências humanas, outros reforçaram o aspecto da autodeterminação como um poder, que deve ser reconhecido e tutelado pelo ordenamento jurídico.

No entanto, a enunciação da autodeterminação como um poder jurídico a ser resguardado e reconhecido não é suficiente para que se garanta a efetividade desse direito. A insuficiência da apreensão da liberdade em sua dimensão estritamente formal é analisada expressamente pelo Min. Celso de Mello, ao apontar que a inércia do Congresso Nacional em implementar políticas voltadas ao combate à discriminação por sexo corresponde a uma “preconceituosa indiferença”<sup>698</sup> que prejudica o grupo LGBTQIA+, marcado tanto pelo não enquadramento nos padrões hegemônicos, como também pela vulnerabilidade social, que envolve a gravíssima violência a que essas pessoas

---

<sup>695</sup> “Entendo que o direito à própria individualidade à própria identidade, aí compreendidas as identidades sexual e de gênero, traduz um dos elementos constitutivos da noção de pessoa humana titular de direitos fundamentais. Isso porque é a partir do reconhecimento da identidade que o indivíduo pode desenvolver sua personalidade, autonomia e lugar na comunidade a que pertence. O direito à autodeterminação sexual decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana tomada como valor-fonte a informar e conformar todo o ordenamento constitucional (art. 1º, III, da CF).” BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADO nº 26/DF**, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 13 jun. 2019, p. 367 e 397.

<sup>696</sup> “Quem escolhe a sua agenda humana é o ser humano dentro da sua órbita de independência e que deve assim ser obedecido, porque está imanente à essa ideia de autodeterminação a ideia kantiana de dignidade. A pessoa só tem dignidade quando ela tem autodeterminação de dizer aquilo que ela quer ser como pessoa”. Ibid., p. 406. Aplicam-se a essa fundamentação todas as críticas anteriormente formuladas no capítulo anterior sobre o pensamento kantiano. A argumentação desenvolvida recai na compreensão do sujeito de conhecimento que subjugava a própria corporalidade pela razão, sem considerar o contexto sociocultural.

<sup>697</sup> O Ministro qualificou a capacidade de autodeterminação envolve “decisões tomadas pelos indivíduos no exercício da liberdade de projetar sua própria vida e de aspirar à busca da felicidade”. Ibid., p. 518.

<sup>698</sup> Ibid., p. 37.

são submetidas, bem como a sua marginalização<sup>699</sup>. Nesse ponto, reforça-se a compreensão de que a liberdade, assim como a própria vida privada, não pode ser concebida sob uma perspectiva negativa de não intervenção (coerção), sob pena de subjugação dos mais vulneráveis. A liberdade positiva demanda não subordinação, não sujeição, reconhecimento jurídico e proteção quanto arbitrariedades que advêm do Estado ou da própria sociedade<sup>700</sup>.

Essa compreensão foi reafirmada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543<sup>701</sup>, na qual se declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do art. 66, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e do art. 25, XXX, 'd', da RDC nº 34/2014 da ANVISA, os quais impunham uma série de condições para a doação de sangue por homossexuais. O relator, Min. Edson Fachin, entendeu que o estabelecimento de grupos de risco é discriminatório, porque estabelece restrições proibitivas do exercício da sexualidade por determinados grupos, sem considerar que o risco decorre de condutas que podem ser praticadas tanto por heterossexuais como por homossexuais. Defendeu, com base na dignidade da pessoa humana, nos direitos da personalidade e nos princípios fundamentais de liberdade, igualdade e pluralismo, a necessidade de tutelar o direito das pessoas de estabelecer seus próprios projetos de vida. Enunciou que as restrições impostas pelas normas impugnadas violam a forma de ser e existir de grupos de pessoas, como as homossexuais e bissexuais, embora todas sejam merecedoras do mínimo

---

<sup>699</sup> “Mais grave do que a exclusão social é a violência que se impregnou no processo de alijamento social, que foi tomado por uma onda de desrespeito, perseguição e mesmo morte, levantada, indistintamente, contra todos os que, de algum modo, não se adequam ao sistema sexo-gênero”. BARBOZA, Heloísa Helena Gomes. **Procedimentos para redesignação sexual: um processo bioeticamente inadequado**. 174 f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2010, p. 54.

<sup>700</sup> COHEN, Jean-Louis. **Regulating Intimacy: A new legal paradigm**. Princeton: Princeton University Press, 2004. E-book Kindle, p. 863. Para a autora: “(...) *Privacy as decisional autonomy protects the freedom of choice and within intimate association and all that it entails. Conceptually, it references the interest in acting on one's own personal reasons in the pursuit of happiness, in forging personal ties, in testing and developing ways of living with and relating to intimate others without government or third parties dictating how we conduct our personal intimate affairs.*” (p. 695). Tradução livre: “A privacidade como autonomia decisória protege a liberdade de escolha e nas associações íntimas e tudo que isso envolve. Conceitualmente, ela referencia o interesse em agir sob suas próprias concepções pessoais na busca da felicidade, em forjar laços pessoais, em testar e desenvolver formas de viver e se relacionar com outras pessoas próximas sem que o Estado ou terceiros ditem como conduzimos nossas questões pessoais íntimas”.

<sup>701</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF**, Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 11 mai. 2020.

existencial para a garantia das condições materiais e existenciais para a vida digna. Em suma, o voto enunciou um direito de liberdade sexual e uma autonomia para “ser e existir”<sup>702</sup>, definida como “autonomia privada”<sup>703</sup>.

Nessa argumentação, apesar da referência à autonomia privada, nota-se que ela não é utilizada em seus moldes clássicos, mas para designar uma “autonomia existencial como instrumento de emancipação social”<sup>704</sup>, o que, em realidade, corresponde à autodeterminação nos termos propostos no presente estudo. A questão da doação de sangue, em específico, também envolve a autonomia privada existencial relativa à manifestação da vontade de doar sangue, entretanto, a discussão recai, sobretudo, sobre a impossibilidade de se impor requisitos preconceituosos para o exercício do ato existencial, o que interfere na autodeterminação individual e, ainda, reforça a exclusão e a marginalização daqueles que não se enquadram nos padrões da heteronormatividade. Em referência ao pensamento de Rodotà, a questão envolvida diz respeito a “ter leis que respeitem a liberdade de ação de cada um de nós diante de decisões importantes da vida”<sup>705</sup>. No caso, está em discussão não apenas a decisão de doar sangue, mas a vivência da homoafetividade sem preconceitos.

É preciso consignar que as decisões analisadas, de modo geral, foram relevantes para o reconhecimento de direitos à população LGBTQIA+, sobretudo diante das dificuldades de avanço de pautas semelhantes no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo. Porém, em diversos aspectos, nota-se nas fundamentações desenvolvidas o recurso a perspectivas normalizadoras e essencialistas em relação às identidades sexuais, legitimando algumas delas enquanto outras permanecem em uma zona de invisibilidade e não

---

<sup>702</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF**, Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 11 mai. 2020, p. 11.

<sup>703</sup> Ibid., p. 13.

<sup>704</sup> VIVIEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil** - RBDCivil, Belo Horizonte, v. 14, p. 99-125, out./dez. 2017, p. 102.

<sup>705</sup> No original: “*avere leggi che rispettino la libertà di agire di ciascuno di noi davanti alle decisioni importanti della vita*”. RODOTÀ, Stefano. *Politici, liberatoci dalla vostra coscienza*. Disponível em: <<https://daleggere.wordpress.com/2008/01/13/stefano-rodota-%C2%ABpolitici-liberateci-dalla-vostra-coscienza%C2%BB/>>. Acesso em: 29.03.2020.



reconhecimento<sup>706</sup>. Além disso, nota-se que a enunciação de determinados direitos com base nos modelos hegemônicos, como a própria equiparação da união homoafetiva à união estável, pode não ser suficiente para assegurar a efetividade desses direitos no plano concreto<sup>707</sup>, sendo necessário considerar a diversidade de experiências vivenciadas em cada uma das situações<sup>708</sup>.

Há, portanto, um importante caminho constituído pela Suprema Corte brasileira no reconhecimento de direitos sexuais, o que, todavia, não afasta a existência de um grande trajeto a constituir no Direito brasileiro em relação à autodeterminação sexual, de modo mais atento à complexidade das distintas vivências humanas<sup>709</sup>, em uma perspectiva prospectiva e mais pluralista.

<sup>706</sup> Cite-se, exemplificativamente, a situação dos intersexuais que, ainda em tenra idade e sem qualquer possibilidade de manifestação de sua vontade, por uma decisão estritamente médica, são submetidos a procedimentos cirúrgicos voltados a adequar seus corpos aos padrões normativos, em uma manifestação de biopoder que viola à sua autodeterminação sexual. Esse biopoder igualmente se manifesta, mas em sentido oposto e em detrimento da manifestação de vontade da(o) interessada(o), nas múltiplas exigências impostas à (ao) transexual para que seja autorizada a cirurgia de redesignação de sexo. A respeito da situação específica dos intersexuais cf.: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; SANTOS, Andressa Regina Bissoloti. O direito à existência civil de pessoas intersexuais: um questionamento do estatuto jurídico do gênero. In.: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 117-135.

<sup>707</sup> Exemplificativamente, é possível mencionar que os requisitos elencados pelo art. 1.723 do Código Civil, em especial a publicidade e o propósito de constituir família, são de difícil comprovação pelos casais homossexuais, seja porque, no plano empírico-social, não são identificados como família (por não se enquadrarem no modelo hegemônico), seja porque, em um contexto de elevados níveis de homofobia e discriminação, essas relações não alcançam a mesma publicidade que as relações heterossexuais. A problematização foi extraída do artigo: SANTOS, Andressa Regina Bissoloti dos. Desdobramentos do pós-maio de 2011: reflexões sobre os requisitos da união estável a partir do cotidiano de casais do mesmo gênero. **civilistica.com**, v. 9, n. 1, p. 1-22, 9 maio 2020, p. 4-9.

<sup>708</sup> Uma situação bastante polêmica e que demanda importantes desenvolvimentos da prática jurídica é aquela da pessoa transgênera no esporte. Especialmente em relação à pessoa transgênera cujo sexo de nascimento é masculino, aponta-se que haveria maior vantagem e melhor desempenho esportivo em razão dos maiores níveis de testosterona. Todavia, mesmo crianças e adolescentes que não alcançaram ou inibiram a puberdade por meio de hormonioterapia – e, que, portanto, não apresentam essa influência hormonal – encontram grandes dificuldades em competir em uma categoria compatível com a sua identidade de gênero, como retrata o caso de Maria Joaquina, uma menina trans de apenas onze anos que precisou buscar na justiça o reconhecimento de seu direito de competir em uma prova de patinação. MENINA TRANSGÊNERO LUTA POR DIREITO DE PARTICIPAR EM COMPETIÇÕES DE PATINAÇÃO FEMININAS. Fantástico. Rio de Janeiro: Rede Globo, 28 de abril, 2019. 8 min. Programa televisivo.

<sup>709</sup> Nas palavras de Andressa Regina Bissoloti dos Santos, “a vivência e resistência concreta das pessoas humanas” deve ser apreendida como o “parâmetro de legitimidade dos usos do direito e não o contrário”, de modo que o direito é um “instrumento, não um paradigma de verdades ou de legitimidade” SANTOS, Andressa Regina Bissoloti dos. **Movimento LGBT e direito: identidades e discursos em (des)construção**. 2017. 234f Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 30/03/2017, p. 215.

No que diz respeito à prática jurisdicional já constituída, em um panorama amplo, todos os acórdãos referenciados, independentemente da terminologia utilizada, têm por objeto discussões relativas à autodeterminação sexual e dizem respeito à autodeterminação existencial nos termos delineados no capítulo anterior, ou seja, como poder de definir os rumos da própria vida, o que envolve o reconhecimento da normatividade que emana de escolhas, modos de vida, vivências e expressões da subjetividade, com amparo nos princípios da dignidade da pessoa humana, do pluralismo, da igualdade substancial e da não discriminação.

No entanto, diante da imprescindibilidade de um exame crítico, nota-se que ainda há na prática jurisdicional uma excessiva ênfase às escolhas pessoais, à autonomia privada e da vontade, em detrimento das vivências e modos de viver que não decorrem propriamente de uma deliberação racional ou opção individual. Além disso, a apreensão da identidade a partir de uma perspectiva essencialista e normalizadora – o que transparece em fundamentações utilizadas – não considera o papel que a própria sociedade possui na construção dessas mesmas identidades, a partir das concepções majoritárias a respeito do que é ou não o bem viver, o que é ou não correto, natural, adequado e de quais são os modos de vida e expressões da subjetividade que são merecedores de consideração, reconhecimento e respeito.

No presente estudo, busca-se acentuar a necessidade de proteção das vivências, porque esta expressão abrange dimensões da vida e da liberdade que não se pautam em uma perspectiva essencialista sobre a identidade ou em uma ação deliberada e racional, mas considera também questões corpóreas e psicológicas imperscrutáveis, preferências, gostos, sentimentos e emoções. Entende-se que a delimitação conceitual da autodeterminação (em sentido amplo), a autodeterminação existencial (em sentido estrito) e, sobretudo, a autodeterminação existencial no sentido ainda mais específico de “liberdade positiva vivida”<sup>710</sup> tem o potencial de revelar esse conteúdo semântico, o que contribui para que o ser humano, sua sexualidade e as diferentes dimensões de

---

<sup>710</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 345.

sua existência sejam apreendidas em sua complexidade, em sua humanidade e em sua vivência:

A autodeterminação se identifica assim com o projeto de vida realizado ou desejado pela pessoa. E aqui a vida é verdadeiramente aquela de que falava Montaigne, “um movimento desigual, irregular, multiforme”, irreduzível a esquemas formais, governado por um exercício ininterrupto de soberania que permite aquela livre construção da personalidade que encontramos inscrita no início da Constituição italiana e em outras Constituições<sup>711</sup>.

A despeito das críticas formuladas às decisões, a aplicação prática do conceito e sua qualificação como direito fundamental ou princípio confirma a alocação da autodeterminação como uma categoria jurídica mais abrangente do que a autonomia privada, porque alcança diferentes manifestações da liberdade positiva, mais precisamente vivências e expressões da subjetividade. Revela também a importância de utilização adequada das categorias jurídicas para que o tratamento jurídico atribuído ao caso concreto cumpra a finalidade de promover liberdades em distintos planos e de resguardar a dignidade da pessoa humana em sua singularidade. Ainda que muitas alterações sejam necessárias, nos planos jurídico, cultural e social, para a efetiva concretização de uma autodeterminação sexual, essa categoria jurídica foi utilizada como fundamento para importantes conquistas nesse sentido.

#### 4.1.4 Autodeterminação reprodutiva

Os direitos reprodutivos se associam aos direitos sexuais, na medida em que pressupõem “a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e de reproduzir-se, contando com a liberdade de fazê-lo ou não, quando e com que frequência”<sup>712</sup>. Todavia, contemporaneamente, com o desenvolvimento de métodos contraceptivos e tecnologias de reprodução

---

<sup>711</sup> RODOTÀ, Stefano. Autodeterminação e laicidade. Trad. de Carlos Nelson de Paula Konder. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 17, p. 139-152, jul./set. 2018, p. 145.

<sup>712</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**: prefácio de Fábio Konder Comparato. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 483.

assistida, não há um vínculo intrínseco entre sexualidade e reprodução, de modo que direitos reprodutivos e sexuais passaram a ser tratados separadamente.

De modo geral, pode-se afirmar que os direitos reprodutivos circundam uma esfera de proteção que resguarda a autogestão da reprodução em diferentes aspectos, desde o uso de anticoncepcionais e planejamento familiar, até o processo de gestação e de parto. Nas palavras de Flávia Piovesan:

(...), interpreta-se a defesa dos direitos reprodutivos como o processo pelo qual se promove a solução democrática dos diferentes problemas éticos que podem surgir no espaço da reprodução. Tais dilemas derivam da interação entre os indivíduos, agentes institucionais e normatividades sociais que repercute no exercício da sexualidade, no processo da gravidez e parto e na negociação da criação dos filhos<sup>713</sup>.

A partir dessas compreensões, nota-se que a autodeterminação reprodutiva<sup>714</sup> está relacionada ao livre planejamento familiar e ao poder de controle da mulher sobre a própria reprodução<sup>715</sup>. Desse modo, considerada a delimitação desenvolvida no capítulo anterior, no sentido de que autodeterminação existencial corresponde ao poder de definição dos rumos da própria vida em relação a aspectos extrapatrimoniais, é possível inserir a autodeterminação reprodutiva como um de seus desdobramentos e identificá-la com uma expressão da liberdade em sua dimensão positiva.

Há, entretanto, a necessidade de especial atenção quanto ao tratamento jurídico da autodeterminação reprodutiva, porque ela versa sobre a relação da mulher em relação ao seu próprio corpo<sup>716</sup> e se evidencia um importante déficit de liberdade substancial nesse aspecto.

<sup>713</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**: prefácio de Fábio Konder Comparato. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 483.

<sup>714</sup> Clara Angélica G. C. Dias e Renata Oliveira Lima afirmam que a autonomia reprodutiva corresponde “ao exercício individual, livre e responsável, da sexualidade e reprodução humana”, o que corresponde, segundo a delimitação proposta no capítulo anterior, à autodeterminação reprodutiva. DIAS, Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti; LIMA, Renata Oliveira. A esterilização feminina: aspectos constitucionais, legais e bioéticos. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**. Goiânia, v. 5, n. 1, p. 103-122, Jan./Jun. 2019, p. 108.

<sup>715</sup> Isabel Fanlo Cortés faz referência a um controle ou poder reprodutivo. CORTÉS, Isabel Fanlo. Derechos reproductivos y libertad de las mujeres. Observaciones sobre el debate feminista. **Revista de Derecho Privado**, n. 32, p. 29-52, enero-junio 2017, p. 33.

<sup>716</sup> É preciso considerar, nesse ponto, que o atrelamento entre o processo gestacional e o corpo da mulher envolvem imbricadas situações, decorrentes dos influxos do racionalismo moderno na apreensão jurídica do corpo (que o aproxima de uma coisa sujeitada à razão) e, de forma

Em uma perspectiva histórica, a esfera reprodutiva passou a ser objeto de preocupação jurídica por força das reivindicações das mulheres no enfrentamento à maternidade obrigatória e na busca do controle em relação ao próprio corpo, à fecundidade e à saúde – o que engloba “a concepção, o parto, a contracepção e o aborto”<sup>717</sup>. Trata-se de uma decorrência da própria procura pela igualdade substancial da mulher em diversas esferas (social, econômica, cultural e política), já que, não raro, os maiores ônus da reprodução ficam a seu encargo.

Atualmente, os direitos reprodutivos possuem o *status* de direitos humanos e se voltam à garantia de acesso à saúde reprodutiva, à informação sobre planejamento familiar e aos métodos contraceptivos, ao estímulo da responsabilidade dos homens em relação à procriação e à contracepção, ao respeito aos direitos reprodutivos das pessoas com deficiência, à garantia de liberdade de decisão a respeito do número de filhos e intervalos entre os nascimentos, bem como à garantia de tomada de decisão informada a respeito da reprodução, sem discriminação, coerção ou violência<sup>718</sup>. Não sem motivo, é crescente a preocupação com a violência obstétrica<sup>719</sup> e com a ampliação da

---

ainda mais marcante, a disciplina jurídica que recaía e continua a recair e controlar, sobretudo, o corpo feminino. A respeito do tema, cf.: BARBOZA, ALMEIDA, Vitor. (Des)igualdade de gênero: a mulher como sujeito de direito. In: TEPEDINO, TEIXEIRA, ALMEIDA. In: ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: 2016, p. 173-175. Em sentido semelhante, cf: SCHULMAN, Gabriel. Esterilização forçada, incapacidade civil e o caso Janaína: “não é segurando nas asas que se ajuda um pássaro a voar”. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Canoas, v. 6, n. 2, p. 107-123, 2018, p. 112-115.

<sup>717</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**: prefácio de Fábio Konder Comparato. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 480.

<sup>718</sup> VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. São Paulo: Câmara Brasileira do Livro, 2004.

<sup>719</sup> Pode-se compreender a violência obstétrica “como situações ou condutas vivenciadas pela mulher na assistência a sua saúde sexual e reprodutiva e que possam resultar em dano ou sofrimento físico ou emocional ou impedimento ao exercício de seu direito de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e emocional, incluindo-se aí o seu direito a receber informações claras sobre seu estado de saúde e seu direito a decidir autonomamente sobre seu corpo e seus processos reprodutivos, com garantia de atendimento livre de discriminação e coerção”. NIY, Denise Yoshie [et. al.]. Violência obstétrica nos estudos brasileiros sobre assistência ao parto: definições em construção. In: CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de (Coord.). **Violência obstétrica em debate: diálogos interdisciplinares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 119. Segundo as autoras, essa violência pode ser exemplificada como “condutas inadequadas na assistência ao pré-natal, parto, puerpério e aborto” a exemplo da “episiotomia de rotina” e “a manobra de Kristeller”, dentre outras condutas impostas a mulher sem necessidade clínica e sem qualquer atenção à vontade da gestante (Ibid., p. 117).

autodeterminação da mulher em relação a sua vivência reprodutiva frente à excessiva medicalização dos processos fisiológicos da gestação e do parto<sup>720</sup>.

No direito brasileiro, a Constituição da República prevê que “o planejamento familiar é livre decisão do casal”<sup>721</sup>, dispositivo reproduzido pelo Código Civil<sup>722</sup> e que foi regulamentado por meio da Lei 9.263/1996, que define o planejamento familiar como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”<sup>723</sup>. Além disso, houve a ratificação de tratados internacionais para a proteção aos direitos humanos que resguardam a esfera da reprodução<sup>724</sup> em especial a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova Iorque (2007)<sup>725</sup>.

Há, porém, inúmeras conquistas a ser alcançadas para garantir maior efetividade à autodeterminação reprodutiva. A título exemplificativo, constituem pontos problemáticos e impeditivos para uma tutela substancial da liberdade existencial das gestantes: a ausência de legislação federal específica sobre a

---

<sup>720</sup> Para Ana Carolina Brochado Teixeira e Livia Teixeira Leal, “a garantia de autonomia existencial no contexto do parto envolve não apenas um dever negativo, de não interferência indevida nas escolhas individuais da gestante, mas também a possibilidade de autorregulamentação de seus interesses existenciais, que, por sua vez, demanda a adequada informação sobre os procedimentos e riscos envolvidos. (...) O respeito à autodeterminação a gestante é dever de todos os profissionais de saúde (...)”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. O dever de informação na relação médico-gestante como forma de garantia da autonomia existencial no parto. In: CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de (Coord.). **Violência obstétrica em debate: diálogos interdisciplinares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 148.

<sup>721</sup> Artigo 226, § 7º, da CRFB.

<sup>722</sup> Art. 1.565, § 2º, Lei 10.406/2002.

<sup>723</sup> Art. 2º, *caput*, da Lei 9.263/1996.

<sup>724</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes (1984); Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966); Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006); Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).

<sup>725</sup> Artigo 23, 1, alíneas *b* e *c* e art. 25, alínea *a* do Decreto nº 6.949/2009. A Lei 13.146/2015 também apresenta importantes diretrizes ao consignar que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa para exercer direitos reprodutivos (art. 6º, II), o que envolve os direitos de decidir sobre o número de filhos, ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar, bem como conservar sua fertilidade, vedada a esterilização compulsória (incisos III e IV).

violência obstétrica<sup>726</sup>; as dificuldades de universalização do acesso à informação e aos serviços para o exercício de direitos e responsabilidades reprodutivas<sup>727</sup>; os vários óbices para o reconhecimento do direito de interrupção antecipada da gravidez, para além das hipóteses de risco à vida da gestante ou de gravidez decorrente de estupro<sup>728</sup>; as graves questões de saúde pública associadas ao aborto clandestino<sup>729</sup>; a rigidez das exigências legais atualmente existentes para a esterilização voluntária<sup>730</sup>; a presença paradoxal de uma “cultura da esterilização”<sup>731</sup> em relação ao controle populacional das famílias de menor potencial econômico; a excessiva medicalização da vida reprodutiva da mulher, que envolve uma grande rede de vigilância em torno do corpo, da gestação, amamentação<sup>732</sup>; as desigualdades em relação à mulher gestante ou que têm filhos de tenra idade para o ingresso e permanência no mercado de trabalho<sup>733</sup>; o tratamento racista e desumanizado aplicado às gestantes negras nos processos de gestação e de parto<sup>734</sup>; o exercício dos direitos reprodutivos

<sup>726</sup> Tramitam na Câmara dos Deputados, dentre outros, o Projeto de Lei nº 7.867/2017, de autoria da Deputada Federal Jô Moraes e o Projeto de Lei nº 7.633/2014, de autoria do Deputado Federal Jean Wyllys.

<sup>727</sup> DIAS, Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti; LIMA, Renata Oliveira. A esterilização feminina: aspectos constitucionais, legais e bioéticos. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**. Goiânia, v. 5, n. 1, p. 103-122, Jan./Jun. 2019, p. 111.

<sup>728</sup> Inclusive com iniciativas voltadas a dificultá-lo, como a Proposta de Emenda à Constituição nº 29/2015, para acrescentar no art. 5º, *caput*, a explicitação inequívoca “da inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção”.

<sup>729</sup> CORTÉS, Isabel Fanlo. Derechos reproductivos y libertad de las mujeres. Observaciones sobre el debate feminista. **Revista de Derecho Privado**, n. 32, p. 29-52, enero-junio 2017, p. 32.

<sup>730</sup> Art. 10, da Lei 9.263/1996. Dentre as exigências para a esterilização de homens e mulheres, estão a capacidade civil plena, a idade de 25 anos ou a existência de ao menos dois filhos, a espera do prazo de sessenta dias entre a manifestação de vontade e o ato cirúrgico e, ainda, o consentimento expresso do cônjuge.

<sup>731</sup> “Na realidade, existe no Brasil uma cultura da esterilização, em que se acredita que a ligadura tubária é a melhor opção, se não a única, para o controle populacional das camadas de menor potencial econômico, calcados em teorias que acreditam que somente o controle populacional levaria o país ao desenvolvimento econômico.” DIAS, Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti; LIMA, Renata Oliveira. Op. cit., p. 104. Isso é especialmente grave diante da irreversibilidade do procedimento (p. 105).

<sup>732</sup> BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEIDA, Vitor. (Des)igualdade de gênero: a mulher como sujeito de direito. In: TEPEDINO, TEIXEIRA, ALMEIDA. In: ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: 2016, p. 175-181

<sup>733</sup> SCHULMAN, Gabriel. Esterilização forçada, incapacidade civil e o caso Janaína: “não é segurando nas asas que se ajuda um pássaro a voar”. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Canoas, v. 6, n. 2, p. 107-123, 2018, p. 112.

<sup>734</sup> A respeito do tema, com dados alarmantes sobre uma verdadeira desumanização e precarização da vida nos processos gestacionais e puerperais de mulheres negras, resultante

pela gestante com deficiência<sup>735</sup>; a situação de invisibilidade das gestantes menores de idade, cuja gestação é resultante de abuso sexual e que dependem de consentimento dos representantes legais (potenciais abusadores) para poder interromper a gestação<sup>736</sup>. Essas situações fazem transparecer a permanência de uma “violência institucional, que se opera por meio da apropriação do corpo e dos processos reprodutivos da mulher”<sup>737</sup>, negando-lhe a própria condição de

---

de uma interseccionalidade entre a situação gestacional, a questão de gênero e o racismo institucional cf.: PIRES, Thula; STANCHI, Malu. Racismo institucional e violência obstétrica: dispositivo sistêmico de genocídio da população negra. In: CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de (Coord.). **Violência obstétrica em debate: diálogos interdisciplinares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 209-232. As autoras chamam a atenção para o aviltante caso Rafaela Cristina de Souza dos Santos que “faleceu aos 15 anos por descaso e negligência estatal durante a gestação”, pois mesmo “apresentando risco devido ao aumento da pressão arterial aliado ao aumento expressivo de peso, a gestante não foi direcionada, em nenhum momento, ao Serviço Pré-Natal de Risco” e mesmo tendo se dirigido em vários momentos ao hospital quando estava com 40 semanas de gestação e aumento expressivo da pressão, foi dispensada e não recebeu o tratamento adequado o que ocasionou seu óbito em condições verdadeiramente indignas (o relato de toda a situação está na p. 217, nota 477 do artigo referenciado).

<sup>735</sup> Ainda que os direitos sexuais e reprodutivos das pessoas com deficiência sejam enunciados no EPD e na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova Iorque (2007), a antiga lógica da supressão da vontade ainda transparece em muitas situações concretas vivenciadas pelas gestantes com deficiência. Diante de sua situação de hipervulnerabilidade, decorrente da sobreposição de gênero, situação gestacional e deficiência, deve-se garantir um tratamento específico a cada situação e a cada grau e tipo de deficiência, inclusive com a garantia do parto humanizado mesmo nos casos excepcionais em que a gestante não possui qualquer condição de exprimir sua vontade. Sobre o assunto, cf.: TERRA, Aline de Miranda Valverde; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Violência obstétrica contra a gestante com deficiência. In: CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de (Coord.). **Violência obstétrica em debate: diálogos interdisciplinares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 185-207.

<sup>736</sup> A Portaria nº 2.561/GM/MS de 23 de setembro de 2020 prevê que o Termo de Relato Circunstanciado (art. 2º, parágrafo único), o Termo de Responsabilidade (art. 4º) e o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (art. 5º, II), imprescindíveis ao procedimento para a interrupção da gravidez nos casos admitidos legalmente, devem ser assinados pela gestante incapaz e por seu representante legal. A questão é problemática porque, segundo dados divulgados em nota técnica do IPEA, datada de 2014, 70% das vítimas de estupro no Brasil são crianças e adolescentes (p. 7), sendo que 24,1% dos agressores das crianças e 13,7% dos agressores dos adolescentes são os próprios pais ou padrastos (Tabela 5, p. 8). Nesse caso de violência sexual intrafamiliar, é questionável a garantia do direito de autodeterminação da vítima quanto à realização do procedimento de interrupção da gravidez, uma vez que o representante legal a quem compete assinar os termos exigidos para o aborto legal pode ser o seu potencial abusador. A própria nota técnica do IPEA aponta que “Tendo em vista que uma significativa parcela dos estupros de adolescentes é perpetrada pelos próprios pais ou padrastos, possivelmente esses dois fatos ajudam a explicar a menor taxa de abortos legais nessa faixa etária” (p. 27). INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde** (versão preliminar), n. 11, mar./2014. Brasília: IPEA, 2014.

<sup>737</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. O dever de informação na relação médico-gestante como forma de garantia da autonomia existencial no parto. In: CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de (Coord.). **Violência obstétrica em debate: diálogos interdisciplinares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 148.



sujeito de direitos e, conseqüentemente, a própria possibilidade de autodeterminação.

Esse preocupante cenário deixa bastante claro que há um longo percurso a ser constituído pela prática jurídica brasileira: há necessidade de diversas e importantes mudanças para assegurar a proteção à dignidade e a promoção das liberdades das mulheres<sup>738</sup>, compreendidas em sua realidade concreta e em suas condições de vida. A vulnerabilidade resultante das discriminações e desigualdades que se originam em construções culturais do sistema sexo-gênero ainda se manifesta na contemporaneidade<sup>739</sup>, podendo se somar a outras situações de vulnerabilidade, notadamente aquelas decorrentes do racismo, pobreza ou deficiência.

Dentre as alterações que são relevantes para a reversão desse quadro histórico, extrai-se a necessidade de se resguardar o exercício da autodeterminação reprodutiva sob a ótica da laicidade, para que o corpo da mulher não seja subjugado pela imposição heterônoma de valores alheios<sup>740</sup>. Nesse ponto, cabe lembrar o pensamento de Stefano Rodotà, para quem a laicidade moral é uma transferência de poder (ou soberania), para que o indivíduo possa definir aspectos da vida que não podem ser decididos pelo legislador ou por terceiros<sup>741</sup>.

---

<sup>738</sup> Heloísa Helena Barboza e Vitor Almeida apontam que a “autonomia existencial para fins reprodutivos da mulher se funda em princípios constitucionais como a dignidade humana e a liberdade, bem como nos direitos à privacidade e ao planejamento familiar, que juntos sustentam a autonomia da mulher de procriar”. BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEIDA, Vitor. (Des)igualdade de gênero: a mulher como sujeito de direito. In: TEPEDINO, TEIXEIRA, ALMEIDA. In: ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: 2016, p. 181. Apesar da terminologia, a autonomia existencial a que se referem os autores corresponde ao sentido de autodeterminação existencial, na delimitação proposta pelo presente estudo.

<sup>739</sup> Ibid., p. 167-168. Segundo os autores, “A maior violação da dignidade das mulheres parece estar atrelada ao seu próprio corpo e abrange amplo espectro de ações, que vão desde a violência física, que acarreta mortes, mutilações e/ou invalidez em muitos casos, até a desconsideração de sua autonomia, sob os mais variados argumentos, não raro com amparo legal” (Ibid., p. 170).

<sup>740</sup> A laicidade assume especial relevância para a análise da temática do aborto, pois há posicionamentos de cunho religioso que se posicionam contrariamente à possibilidade de interrupção da gestação, em qualquer hipótese, preconizando a proteção absoluta da vida do feto desde a concepção.

<sup>741</sup> RODOTÀ, Stefano. Autodeterminação e laicidade. Tradução Carlos Nelson de Paula Konder. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 17, p. 139-152, jul./set. 2018, p. 141.

A discussão da antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, pelo Supremo Tribunal Federal, representou um incipiente passo para o reconhecimento da autodeterminação reprodutiva da mulher, nesse aspecto.

O *Habeas Corpus* 84.025<sup>742</sup> impetrado com o objetivo de obter autorização para antecipação do parto do feto anencéfalo, pela paciente gestante, teve seu julgamento prejudicado pelo superveniente nascimento do feto. No entanto, o relator Min. Joaquim Barbosa proferiu voto em que apontou estar em discussão tanto o direito à vida do feto, como a “liberdade individual, da qual a autodeterminação da gestante é uma manifestação”<sup>743</sup>. Para o relator, os direitos “à liberdade, à intimidade e à autonomia privada da mulher, num sentido estrito”<sup>744</sup> são confirmados pela admissão, pelo ordenamento jurídico, do aborto sentimental em caso de gravidez resultante do estupro e amparam a “opção da mulher em dispor de seu próprio corpo”, segundo suas convicções pessoais e morais, quando a vida extrauterina do feto é inviável<sup>745</sup>. Por fim, o Ministro salientou “que a procriação, a gestação, enfim os direitos reprodutivos, são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal, particularmente da mulher”<sup>746</sup>.

Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54<sup>747</sup>, sob a relatoria do Min. Marco Aurélio, o mérito foi analisado, com o reconhecimento, por maioria de votos<sup>748</sup>, da possibilidade de interrupção da gravidez em caso de feto anencefalo. A autodeterminação foi expressamente mencionada na ementa:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a

<sup>742</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 84025/RJ**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 04 mar. 2010.

<sup>743</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>744</sup> *Id.*

<sup>745</sup> *Id.*, p. 20.

<sup>746</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>747</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADPF nº 54/RJ**, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 abr. 2012.

<sup>748</sup> Vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, que votaram pela tipicidade da conduta e, conseqüentemente, pela improcedência da pretensão.

interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal<sup>749</sup>.

De modo geral, a fundamentação se pautou na necessidade de resguardar a “dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres”<sup>750</sup>, que estariam contrapostos não propriamente à vida do feto (diante de sua inviabilidade), mas a convicções morais e religiosas hegemônicas<sup>751</sup> que não poderiam ser impostas à gestante, sob pena de violar seu direito à privacidade<sup>752</sup>, “o direito de viver as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças”<sup>753</sup> e o direito “de autodeterminar-se”<sup>754</sup>. No mesmo sentido, posicionaram-se os Min. Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Carmem Lúcia, Ayres Britto, Celso de Mello e Gilmar Mendes, que, inclusive, salientou a necessidade de serem estabelecidos requisitos para garantir a tomada de decisão informada e para fornecer a segurança de diagnóstico, a fim de resguardar “o direito à privacidade da mulher, bem como a boa utilização da autonomia da vontade individual, com o intuito de permitir que tome, com consciência e segurança, qualquer decisão sobre tema tão delicado”<sup>755</sup>.

Por outro lado, o Min. Cezar Peluso, seguindo a divergência do Min. Ricardo Lewandowski pela tipicidade penal da conduta, entendeu que a liberdade e autonomia jurídicas já estão pré-excluídas pela tipificação do comportamento como crime e que não é possível sustentar a liberdade de escolha. Apontou que há falsos argumentos “como as rubricas de liberdade, dignidade, alívio de sofrimento, direito à autodeterminação, mas sempre em

---

<sup>749</sup> Supremo Tribunal Federal, **ADPF nº 54/RJ**, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 abr. 2012, p. 1.

<sup>750</sup> Ibid., p. 33.

<sup>751</sup> Ibid., p. 43.

<sup>752</sup> Ibid., p. 66.

<sup>753</sup> Ibid., p. 67.

<sup>754</sup> Id. No mesmo sentido, a Ministra Rosa Weber apontou a necessidade de se privilegiar a liberdade e o “direito de escolha da mulher sobre a própria forma de vida” sua “visão de mundo” e “suas escolhas morais” (Ibid., p. 135).

<sup>755</sup> Ibid., p. 297.

franca oposição ao ordenamento jurídico-positivo, quer no plano constitucional, quer no da legislação ordinária”<sup>756</sup>.

Diante do recorte de análise, que recai sobre o uso da expressão autodeterminação e o tratamento jurídico que se atribui à liberdade existencial, não é possível uma incursão mais detalhada sobre todas as posições e argumentos desenvolvidos quanto à tipicidade ou não da conduta e ao tratamento jurídico atribuível ao feto em si. Convém, entretanto, realizar um contraponto à posição do Min. Cezar Peluso, no sentido de que a autodeterminação (assim como a dignidade) seria mero argumento retórico e previamente excluído pela tipicidade da conduta. O presente estudo buscou demonstrar que a autodeterminação é uma das expressões do princípio constitucional da liberdade, o que possui amparo na prática jurídica compreendida de forma ampla (plano teórico e jurisdicional). Não se trata, portanto, de um argumento retórico, mas de uma expressão do princípio da liberdade que se associa, de forma bastante íntima, com os princípios da dignidade da pessoa humana, privacidade, pluralismo e a própria democracia em seu sentido substancial. A partir desse cenário, entende-se que a tipicidade da conduta no plano infraconstitucional não constitui argumento bastante para afastar a eficácia e a relevância das normas constitucionais, em especial a partir da compreensão do Direito sob a ótica da constitucionalização e da integridade. Com efeito, subjugar os princípios frente à vedação contida nas regras infraconstitucionais (no caso, a proibição do aborto) implica na adoção de uma “ordem de argumentos compressora da força normativa dos princípios constitucionais”<sup>757</sup>, o que é incompatível com um Estado Constitucional.

A partir desse contraponto, retoma-se a sistematização crítica desenvolvida no capítulo anterior, no sentido de que a autodeterminação existencial pode ser expressa por uma autonomia privada existencial, na

---

<sup>756</sup> Supremo Tribunal Federal, **ADPF nº 54/RJ**, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 abr. 2012, p. 394.

<sup>757</sup> TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 22.

intersecção com a autonomia privada, ou por meio de um conceito específico de “liberdade positiva vivida”<sup>758</sup>.

Sob a perspectiva da autodeterminação existencial como vivência de liberdade, extrai-se do posicionamento majoritário a compreensão de que a escolha e a autodeterminação reprodutiva da mulher devem ser privilegiadas, porque a interrupção da gravidez do feto anencéfalo envolve desacordos morais razoáveis e por não ser possível a imposição de convicções morais ou religiosas às mulheres, sob pena de vulneração da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Esses fundamentos fortalecem a laicidade a que faz referência Rodotà<sup>759</sup> e a necessidade de se observar os itinerários existenciais que constituem parte relevante da autodeterminação, o que também envolve a adoção de modos de viver e cosmovisões dissonantes dos hegemônicos (conforme se analisou no estudo da autodeterminação religiosa).

Em sentido semelhante, consigna-se o entendimento de Marcos Alves da Silva:

Desde a primeira constituição republicana, o Brasil declarou-se um Estado laico. A laicidade do Estado é *conditio sine qua non* para uma autêntica democracia. Não se pode admitir que, por via transversa, valham-se do Estado maiorias religiosas ou grupos de pressão para impor a todos os cidadãos preceitos de viés nitidamente dogmático-religioso. Estes preceitos podem legitimamente até ter incidência no âmbito da ‘jurisdição’ dos fiéis ou adeptos de determinado credo, mas não podem alcançar generalidade impositiva para os cidadãos de um Estado que se diz democrático<sup>760</sup>.

Em suma, é possível sustentar que o tratamento jurídico atribuído pelo Supremo Tribunal Federal à autodeterminação reprodutiva, nos casos em que se discutiu a interrupção da gestação de feto anencéfalo, foi consentâneo com o reconhecimento do poder da pessoa e, em especial, da gestante, de definir os rumos da própria vida sem ser subjugada por valores comunitários ou posições hegemônicas.

<sup>758</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 345.

<sup>759</sup> RODOTÀ, Stefano. Autodeterminação e laicidade. Tradução Carlos Nelson de Paula Konder. Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil, Belo Horizonte, v. 17, p. 139-152, jul./set. 2018, p. 145.

<sup>760</sup> SILVA, Marcos Alves da. A questão da homofobia: Fundamentalismo religioso e intolerância no Estado Democrático de Direito. In: ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: 2016, p.152.

Sob a ótica da autodeterminação existencial expressada por meio da autonomia privada existencial, a interrupção antecipada da gravidez demanda um termo de consentimento informado e a realização de uma escolha direcionada a produzir efeitos futuros. Nesse ponto, a partir da compreensão de que a pessoa não possui um corpo, mas é um corpo<sup>761</sup> e diante da situação histórica de vulnerabilidade das mulheres no que se refere à sua própria reprodução, é preciso especial cautela para que as exigências impostas para o exercício dessa autonomia privada existencial não contribuam para a maior vulneração das mulheres, em especial das mulheres gestantes.

Desse modo, a escolha quanto à interrupção ou não da gravidez não pode ser submetida à lógica formal do regime de (in)capacidades<sup>762</sup> e das exigências tradicionais de manifestação de vontade. O mais adequado é que ela seja apreendida como “um processo substancial e assim deve ser analisado, pautando-se pela competência para decidir, pela efetiva liberdade de escolha e adequada informação”<sup>763</sup>.

Para a finalidade que se propõe o estudo, é possível sustentar que a autodeterminação reprodutiva é uma categoria jurídica relevante para assegurar a defesa dos direitos reprodutivos das mulheres, na medida em que reafirma o poder de definição dos rumos da própria vida quanto à reprodução. A utilização do conceito, pelo Supremo Tribunal Federal, é consentânea com a sistematização crítica desenvolvida no presente estudo e refletiu um tratamento jurídico que não se limita à apreensão da autonomia privada em seus moldes tradicionais, mesmo porque a questão foi analisada sob a ótica da dignidade humana, da liberdade e da laicidade.

É necessário ressaltar, porém, que a autodeterminação reprodutiva ainda consiste em um direito que necessita de massivo incremento de liberdade substancial, pois prescinde de inúmeras outras conquistas além da interrupção

---

<sup>761</sup> BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEIDA, Vitor. (Des)igualdade de gênero: a mulher como sujeito de direito. In: TEPEDINO, TEIXEIRA, ALMEIDA. In: ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: 2016, p. 172.

<sup>762</sup> Ressalte-se que a incapacidade civil não constitui óbice ao exercício dos direitos reprodutivos e nem mesmo a curatela alcança direitos de natureza patrimonial, nos termos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (art. 85 da Lei 13.146/2015).

<sup>763</sup> SCHULMAN, Gabriel. Esterilização forçada, incapacidade civil e o caso Janaína: “não é segurando nas asas que se ajuda um pássaro a voar”. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Canoas, v. 6, n. 2, p. 107-123, 2018, p. 114.

antecipada do parto do feto anencéfalo para que se possa garantir à mulher o poder de definição dos rumos da própria vida quanto à reprodução e à vivência dos processos gestacionais e de parto.

A presente seção se fundamentou em expressões da autodeterminação existencial que já se consagraram com considerável solidez como princípios ou direitos fundamentais específicos, com reflexos profundos no plano doutrinário e normativo e com reiteradas referências na prática operativa do Direito, pela Suprema Corte. Em todos os casos, nota-se a relevância da apreensão da liberdade existencial em sua dimensão positiva, como autodeterminação existencial e a necessidade de se concebê-la para além da autonomia privada. A autodeterminação existencial, em seus diferentes desdobramentos, caracteriza-se como um direito fundamental que também engloba o poder de controle sobre as próprias informações e dados pessoais e a normatividade que emana de vivências e comportamentos. Essas distintas expressões da liberdade positiva não se ajustam às categorias da autonomia privada e demandam um tratamento jurídico consentâneo com sua especificidade.

#### 4.2 AUTODETERMINAÇÃO, PARENTALIDADE E ORIGEM GENÉTICA

Na presente seção serão analisadas algumas projeções da autodeterminação existencial menos recorrentes na prática jurídica, mas que representam relevantes implicações da categoria jurídica em relação ao direito de família e aos direitos da personalidade.

##### 4.2.1 Autodeterminação e multiparentalidade

Falar-se em liberdade existencial na esfera parental é algo relativamente recente. A possibilidade de escolha quanto a ter ou não ter filhos caminha paralelamente à conquista dos direitos reprodutivos e envolve importantes mudanças relacionadas ao avanço da ciência médica, ao desenvolvimento de métodos contraceptivos e o acesso à informação. Além disso, o desenvolvimento tecnológico também permitiu às pessoas ter filhos mesmo em caso de infertilidade, por meio de métodos de reprodução assistida. Essas alterações

possibilitaram separar a reprodução da sexualidade, o que conferiu maior liberdade de decisão a respeito do planejamento familiar<sup>764</sup> e do projeto parental.

É preciso considerar, porém, que o exercício das funções paterna e materna envolve muitas outras questões além das decisões atinentes à reprodução, notadamente porque os filhos submetidos à autoridade parental se encontram em uma peculiar condição de pessoas em desenvolvimento e dependem do cuidado dos pais<sup>765</sup>. Sob essa ótica, Maria Rita de Holanda Silva Oliveira afirma que a liberdade decorrente da dissolução da sociedade conjugal e do reconhecimento da pluralidade familiar revela uma emancipação que “se efetivou mais na esfera conjugal do que na esfera parental, em reconhecimento a uma autonomia existencial”<sup>766</sup>. Isso decorre, em parte, da maior intervenção estatal para a proteção da criança e do adolescente e da responsabilidade no exercício da autoridade parental. Para Oliveira, “não há liberdade plena na constituição de um projeto parental”, pois os “elementos fáticos colhidos pela norma jurídica e que legitimam o estado de filiação não podem ser afastados pela vontade paterna/materna”<sup>767</sup>.

No entanto, mesmo na esfera da parentalidade<sup>768</sup>, houve importantes transformações que possibilitaram maior liberdade, como a desvinculação entre filiação e conjugalidade<sup>769</sup> e a valorização da vivência socioafetiva no

---

<sup>764</sup> Essas transformações passaram a ganhar destaque nos anos 1970 e as discussões apresentadas no subtópico anterior já permitiram problematizar questões relativas à efetividade do acesso e exercício aos direitos reprodutivos, notadamente nas camadas de baixa renda, o que certamente produz importantes dificuldades quanto ao livre planejamento familiar, com reflexos sobre a esfera parental.

<sup>765</sup> HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha *et. al.* O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme. **O cuidado como valor jurídico**. (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 129-132.

<sup>766</sup> OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. In: HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Direito civil: estudos - coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCivil**. São Paulo: Blucher, 2018, p. 394. Note-se que a referência à autonomia existencial, feita pela autora, está muito mais próxima da autodeterminação existencial, nos termos propostos pelo presente estudo, do que da autonomia privada.

<sup>767</sup> *Ibid.*, p. 400.

<sup>768</sup> Utiliza-se a expressão parentalidade para designar, indistintamente, tanto a paternidade quanto a maternidade.

<sup>769</sup> “Ainda que, socialmente, a parentalidade continue associada à conjugalidade, em termos jurídicos, a Constituição da República de 1988 coroou a desvinculação entre a filiação e o casamento, ou seja, o estado de filho adquiriu independência frente à situação conjugal dos genitores, igualdade entre os filhos, e da superação da discriminatória e odiosa díade entre prole legítima e ilegítima. O estabelecimento do vínculo paterno-filial independe da constância de justas núpcias entre seus genitores, ou seja, o projeto reprodutivo não mais se vincula ao



reconhecimento de vínculos de filiação, independentemente de vínculo biológico e registral. Nas palavras de Paulo Lôbo, a família socioafetiva é unida pela convivência afetiva e resulta de transformações ocorridas nas relações de família, desde os anos 1970 e, de forma ainda mais marcante, a partir da Constituição de 1988, dentre as quais a admissão da dissolução do vínculo conjugal e da pluralidade das entidades familiares<sup>770</sup>. Essas mudanças operaram em um período de valorização da pessoa humana e da apreensão da família como uma estrutura funcionalizada a “assegurar liberdade para que as pessoas possam buscar sua felicidade coexistencial”<sup>771</sup>.

Assim, é possível sustentar a existência de um importante âmbito de liberdade em relação à parentalidade. Essa liberdade se associa ao poder de definição dos rumos da própria vida, que, segundo a delimitação crítica proposta, corresponde ao conceito de autodeterminação existencial.

Porém, não raro, essa liberdade também recebe a designação de autonomia existencial<sup>772</sup>. Entende-se que a referência à autonomia privada existencial não é adequada nessa hipótese, uma vez que a “socioafetividade não é elaboração cerebrina ou mera racionalização lógica”<sup>773</sup>, mas é “tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e a responsabilidade”<sup>774</sup>.

É a partir do reconhecimento de uma verdade sociológica da relação de filiação, para além da verdade biológica<sup>775</sup>, e da profunda alteração dos formalismos que sustentavam a família em seu tradicional caráter institucional,

---

matrimônio” ALMEIDA, Vitor. O direito ao planejamento familiar e as novas formas de parentalidade na legalidade constitucional. In: HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Direito civil: estudos - coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCivil**. São Paulo: Blucher, 2018, p. 420.

<sup>770</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**, v. 5. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 26.

<sup>771</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 328.

<sup>772</sup> A título exemplificativo e especificamente no âmbito de família, Renata Lima Multedo afirma “A autonomia privada existencial deve ser concebida como um aspecto da dignidade da pessoa humana que possibilita o livre desenvolvimento da personalidade”. MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família: Limites para a intervenção do estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 44.

<sup>773</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**, v. 5. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 26.

<sup>774</sup> Ibid., p. 28.

<sup>775</sup> CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 212-226.

que se passa a apreender juridicamente a liberdade existencial vivenciada no plano parental. Vivenciada, porque a socioafetividade se apreende pelo exercício fático da autoridade parental e, ao menos segundo o atual estado da arte, é esse comportamento que permite o reconhecimento do vínculo de filiação:

O que constitui a essência da socioafetividade é o exercício fático da autoridade parental, ou seja, é o fato de alguém, que não é genitor biológico, desincumbir-se de praticar as condutas necessárias para criar e educar filhos menores, com o escopo de edificar sua personalidade, independentemente de vínculos consanguíneos que geram tal obrigação legal. Portanto, nesse novo vínculo de parentesco, não é a paternidade ou a maternidade que ocasiona a titularidade da autoridade parental e o dever de exercê-la em prol dos filhos menores. É o próprio exercício parental externado sob a roupagem de condutas objetivas como criar, educar e assistir a prole, que acaba por gerar o vínculo jurídico da parentalidade<sup>776</sup>.

A partir dessas reflexões, torna-se possível sustentar que a parentalidade também é uma esfera em que a(s) liberdade(s) pode(m) e deve(m) ser promovida(s)<sup>777</sup>, uma vez que a realização do projeto parental já não se encontra mais atrelado à rigidez dos formalismos legais ou ao vínculo biológico. De modo ainda mais específico, é possível sustentar que a vivência coexistencial socioafetiva é uma importante expressão da autodeterminação existencial em seu sentido mais específico de “liberdade positiva vivida”<sup>778</sup> e da normatividade que emana de seu exercício:

Essa liberdade é mais ampla: é a liberdade que se vive, na qual se constroem compromissos recíprocos que não cabem normalmente em um contrato ou em um pacto, mas que se constituem no comportamento que força a vivência comum. Exercer a liberdade com caráter normativo não é só contratar: é também viver a liberdade (positiva) em relação, e dela poder extrair posições juridicamente sustentáveis e oponíveis<sup>779</sup>.

Com base na perspectiva de que a parentalidade se inclui nesse conceito mais específico de autodeterminação existencial e não em uma

<sup>776</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 194.

<sup>777</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 149.

<sup>778</sup> Ibid., p. 345.

<sup>779</sup> Ibid., p. 335.

manifestação pontual de vontade que projeta efeitos futuros, entende-se que a expressão “autonomia existencial” não é adequada para designá-la, podendo levar à equivocada percepção de que não há liberdade em relação à parentalidade, nos moldes inicialmente apresentados.

O estudo da multiparentalidade e do tratamento jurídico conferido a esse instituto, pelo STF, corrobora essa compreensão a respeito da liberdade como vivência. A multiparentalidade não possui previsão explícita e direta nos textos normativos, porém, no âmbito doutrinário e em decisões judiciais esparsas, passou a ser apontada como solução jurídica adequada para atender ao princípio da dignidade da pessoa humana, da convivência familiar e do melhor interesse da criança, em casos de coexistência de mais de um vínculo de parentalidade materno ou paterno (registral, biológico ou socioafetivo), circunstância que usualmente decorre da recomposição das entidades familiares<sup>780</sup>.

Como alertam Ana Carla Harmatiuk Matos e Paula Aranha Hapner, a compreensão da multiparentalidade não se dá sem o agir transformador do intérprete na ressignificação de conceitos tradicionais que sustentam o Direito de Família, à luz dos preceitos constitucionais e das demandas do presente<sup>781</sup>.

A superação do modelo binário de parentalidade que marca a família composta por pai, mãe e filhos<sup>782</sup> demandou um importante reajuste das estruturas jurídicas, para adequá-las à finalidade de promover liberdades<sup>783</sup> e tutelar a dignidade humana<sup>784</sup>. Essa transformação foi paulatinamente

---

<sup>780</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk; HAPNER, Paula Aranha. Multiparentalidade: uma abordagem a partir das decisões nacionais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 1-21, 13 jul. 2016, p. 2-3.

<sup>781</sup> Ibid., p. 6-7.

<sup>782</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**, v. 5. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 239-240.

<sup>783</sup> Para Pianovski Ruzyk, a “função da família residiria no espaço para a autoconstituição da pessoa, no exercício da liberdade de coexistir. É na coexistência que pressupõe a liberdade que a pessoa se forma para a convivência social. Trata-se de algo muito diverso do sentido transpessoal que define a família simplesmente como uma instituição cuja manutenção a qualquer custo legitimaria o assujeitamento dos seus membros”. PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 315.

<sup>784</sup> Segundo Renata de Lima Rodrigues e Ana Carolina Brochado Teixeira, “uma alteração substancial na natureza jurídica da família e em sua função transformou definitivamente a dinâmica das relações familiares: a família deixou de ser um instituto formal e absolutizado, que atraía a tutela jurídica de *per sí*, para se transmutar em um núcleo social funcionalizado ao desenvolvimento da personalidade e dignidade dos seus membros”. TEIXEIRA, Ana

construída por meio da prática jurídica e perpassou por distintos posicionamentos, especialmente no plano jurisdicional, desde a impossibilidade jurídica do pedido, a prevalência do vínculo socioafetivo sobre o biológico, até a igualdade entre os vínculos biológico e socioafetivo<sup>785</sup>.

A solução se consolidou, enfim, no julgamento do Recurso Extraordinário 898.060<sup>786</sup>, em que se admitiu, com repercussão geral, a possibilidade de reconhecimento concomitante das parentalidades presuntiva, biológica e afetiva, sem qualquer ordem de prevalência ou hierarquia entre as diferentes espécies de filiação<sup>787</sup>. O relator, Min. Luiz Fux, apontou que a visão de que o casamento é a única entidade familiar foi superada pela Constituição de 1988 e que devem ser observados os princípios da dignidade da pessoa humana e o direito à busca da felicidade, não sendo possível reduzir as “realidades familiares a modelos pré-concebidos”<sup>788</sup>. Na ementa, a autodeterminação foi expressamente mencionada, com base na dignidade da pessoa humana e no direito à busca da felicidade, para designar o poder de fazer escolhas relativas aos próprios objetivos de vida:

4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187).

(...).

6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos

---

Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 191.

<sup>785</sup> Para uma análise mais especificada dessa evolução jurisdicional e teórica do tema cf: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; HAPNER, Paula Aranha. Multiparentalidade: uma abordagem a partir das decisões nacionais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 1-21, 13 jul. 2016, p. 1-21.

<sup>786</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RE nº 898060/SC**, Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 21 set. 2016.

<sup>787</sup> A ausência de hierarquia entre os diferentes vínculos de filiação constitui a principal inovação da decisão. Cf.: CALDERÓN, Ricardo Lucas. Multiparentalidade: a socioafetividade nos laços de filiação. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, ano 3, nº 2, ago./2018, p. 4.

<sup>788</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RE nº 898060/SC**, Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 21 set. 2016, p.1.

próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares<sup>789</sup>.

Em suma, a fundamentação da decisão se embasou na transformação da disciplina jurídica da família e no fundamento de que a dignidade da pessoa humana exige a superação dos obstáculos decorrentes dos arranjos legais, a fim de viabilizar “o pleno desenvolvimento dos formatos de família construídos pelos próprios indivíduos em suas relações afetivas interpessoais”<sup>790</sup>.

O uso da expressão autodeterminação ao longo da argumentação desenvolvida nesse acórdão vai ao encontro da delimitação semântica da autodeterminação existencial e permite apreender a dimensão positiva da liberdade, que se manifesta pela vivência da parentalidade. Mais do que isso, fornece um tratamento jurídico que apreende a normatividade que emana dessa vivência, com a (re)construção das categorias jurídicas tradicionais – em especial, da biparentalidade – para adequá-las à finalidade de proteção da pessoa humana, porque a eleição dos objetivos de vida é relevante para a proteção de sua dignidade.

A atribuição de efeitos jurídicos à pluriparentalidade corresponde ao reconhecimento da normatividade que emana da situação concreta vivenciada entre o filho e a mãe ou pai socioafetivos, no exercício de sua liberdade. Essa vivência merece respeito e reconhecimento pela sociedade e pelo ordenamento jurídico, a despeito das concepções hegemônicas do que é natural, normal, correto, adequado.

Não está em questão, ao menos na situação analisada pelo Supremo Tribunal Federal, a autonomia privada existencial relativa à manifestação de vontade quanto ao exercício ou não da parentalidade, mas a autodeterminação em um sentido mais amplo, voltado a resguardar uma esfera de privacidade e de controle sobre a qual não podem ser impostas visões hegemônicas. O reconhecimento da multiparentalidade busca garantir aos filhos “que, na prática, convivem com múltiplas figuras parentais a tutela jurídica de todos os efeitos que

---

<sup>789</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RE nº 898060/SC**, Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 21 set. 2016, p. 2.

<sup>790</sup> Ibid., p. 12.

emanam tanto da vinculação biológica como da socioafetiva”<sup>791</sup>. Dentre esses efeitos, incluem-se os alimentos, os direitos sucessórios, o nome, a alteração do registro, a autoridade parental e os direitos de guarda e convivência.

É importante consignar que não há um antagonismo entre o reconhecimento da autodeterminação existencial e a responsabilidade quanto à parentalidade. A afirmação da ausência de hierarquia entre os diferentes vínculos de parentalidade implica no reconhecimento da socioafetividade que representa o exercício da liberdade positiva por aquele que não é detentor do vínculo biológico, atribuindo-lhe as responsabilidades correspondentes à paternidade/maternidade, ao mesmo tempo em que se atribui ao genitor biológico a responsabilidade necessária ao exercício responsável da paternidade.

A admissão da multiparentalidade e a enunciação da autodeterminação existencial quanto à relação parental são promissoras para novas conquistas, inclusive para assegurar a plena vivência da parentalidade exercida por pessoas de diferentes orientações sexuais<sup>792</sup>.

Novos avanços também já se verificam na admissão do reconhecimento da maternidade ou paternidade socioafetiva diretamente nos cartórios, independentemente de processo judicial, por meio do Provimento nº 63/17 do CNJ (alterado pelo Provimento nº 83 de 14/08/2019)<sup>793</sup>.

Outra possibilidade que promoveria a autodeterminação existencial em relação à parentalidade seria a admissão, ainda que excepcional, da multiparentalidade para atender ao melhor interesse da criança, “quando não há a realidade fática de múltiplo exercício da paternidade [ou maternidade]

---

<sup>791</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 203.

<sup>792</sup> O reconhecimento da possibilidade de adoção, por homossexuais, no julgamento da ADI 4277 representou importante avanço quanto à possibilidade e inclusão de dois pais ou duas mães no registro civil de nascimento, no entanto, nota-se uma possível abertura, a partir do reconhecimento da multiparentalidade, para que se venha a reconhecer, futuramente, entidades familiares poliafetivas. Essa decisão também pode contribuir para fissurar papéis historicamente associados às funções maternas e paternas pelo sistema sexo-gênero, por desorganizar as concepções clássicas da biparentalidade.

<sup>793</sup> Para uma análise mais aprofundada do tema, sob a ótica da desjudicialização do direito das famílias, cf.: FRANCO, Karina Barbosa; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva e multiparentalidade: comentários ao Provimento nº 63, de 14.11.17, do CNJ. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 17, p. 223-237, jul./set. 2018.

socioafetiva, porém existe um evidente projeto de desenvolvimento dessa relação”<sup>794</sup>.

Essas fissuras no modelo da biparentalidade também abrem espaço para o reconhecimento futuro de uma “multiparentalidade planejada”, como fruto do livre planejamento familiar<sup>795</sup>. Nesse caso, a autodeterminação existencial em relação à parentalidade seria manifestada por meio da autonomia privada existencial (ou seja, por uma manifestação de vontade dirigida à produção de efeitos futuros). Em relação ao tema, é preciso reiterar que a autodeterminação existencial – seja como autonomia privada ou como vivência de liberdade – não pressupõe uma liberdade estritamente negativa. A responsabilidade no exercício da parentalidade não deixa de existir em razão do reconhecimento da autodeterminação, mesmo porque decorre de uma série de normas que incidem de forma cogente sobre a relação entre pais e filhos (seja na perspectiva biparental ou pluriparental). Os limites e deveres impostos pelo ordenamento jurídico para a proteção dos filhos continuam a existir e se justificam porque se trata de “atos de eficácia interpessoal”<sup>796</sup>, ou seja, atos que produzem repercussão na esfera jurídica de crianças e adolescentes merecedores de especial tutela, porque são os mais vulneráveis na relação parental-filial e por estarem na peculiar situação de pessoas em desenvolvimento.

Em reforço a essa compreensão, é possível, recorrer a um trecho da obra de Luiz Edson Fachin, no sentido de que o reconhecimento da autodeterminação não afasta as possibilidades de intervenção do Estado em relação à esfera existencial, pelo contrário, depende de sua presença ativa para garantir que sejam observados os interesses dos mais vulneráveis:

Ainda que seja ‘aparente paradoxo’ a exigência de não intervenção do Estado na constituição da personalidade e seu respectivo direito ao autodesenvolvimento e autodeterminação, corresponde

<sup>794</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk; HAPNER, Paula Aranha. Multiparentalidade: uma abordagem a partir das decisões nacionais. **Civillistica.com**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 1-21, 13 jul. 2016, p.15.

<sup>795</sup> Sobre o tema: ALMEIDA, Vitor. O direito ao planejamento familiar e as novas formas de parentalidade na legalidade constitucional. In: HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; SANTOS, Romualdo Baptista dos. Direito civil: estudos - coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCivil. São Paulo: Blucher, 2018, p. 419-447;

<sup>796</sup> VIVIEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 14, p. 99-125, out./dez. 2017, p. 102-103.

necessariamente uma mesma presença ativa do Estado, intervindo embebido no fito precípua de tutelar os direitos daqueles que jurídica ou faticamente, estão em uma posição de fragilidade. É um imperativo de garantia.

Tal garantia deve se nortear por uma dupla constatação: a espacialidade pública que está mais para o processo de construção de diálogos, e a ambiência privada que se conduz mais para a fortificação de identidades. Nesse espaço de equilíbrio se faz presente o papel estatal<sup>797</sup>.

A partir de todas essas reflexões, buscou-se evidenciar que, no reconhecimento da multiparentalidade pelo STF, a autodeterminação existencial não recebeu o tratamento jurídico de autonomia privada existencial. A multiparentalidade foi apreendida como uma “liberdade positiva vivida”<sup>798</sup> e resultou na atribuição de efeitos jurídicos à normatividade que emana da vivência de cada família em sua (co)existência<sup>799</sup>, em especial a vivência da relação parental-filial. Porém, a depender dos rumos que venham a ser tomados no desenvolvimento da prática jurídica, há a possibilidade de que a multiparentalidade também possa se manifestar por meio do exercício da autonomia privada existencial, como declaração de vontade projetada à produção de efeitos futuros, sem que se afaste a responsabilidade dos pais pelo exercício da parentalidade.

#### 4.2.2 Autodeterminação e direito à busca da identidade genética

Atualmente, compreende-se que a identidade pessoal “vai muito além da proteção ao nome” e não corresponde a uma “tutela isolada e estática” de cada um dos traços distintivos da singularidade, direcionando-se a resguardar “uma fidedigna apresentação da pessoa humana, em sua inimitável singularidade”<sup>800</sup>.

A identidade genética pôde ser conhecida cientificamente após os avanços tecnológicos que possibilitaram o mapeamento dos dados genéticos e,

<sup>797</sup> FACHIN, **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 157.

<sup>798</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 128.

<sup>799</sup> Ibid., p. 316.

<sup>800</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 210.



portanto, o conhecimento da ascendência biológica<sup>801</sup>. Desde então, essa identidade passou a representar a “dimensão da individualidade biológica do indivíduo”<sup>802</sup>, ou seja, um dos elementos que integram a personalidade humana, em sua complexidade corpórea<sup>803</sup>.

Há um profundo entrelaçamento entre a identidade genética e a privacidade, uma vez que ela diz respeito a dados pessoais sensíveis que são merecedores de especial proteção. Esses dados, inclusive, podem ser imprescindíveis para o diagnóstico e tratamento de enfermidades da própria pessoa e de seus descendentes<sup>804</sup>.

O direito de conhecer a própria origem genética (ou ascendência biológica) constitui um direito da personalidade que se projeta a partir do reconhecimento da identidade genética como bem jurídico associado à dignidade da pessoa humana. Esse direito não corresponde necessariamente ao direito de ver reconhecida a parentalidade e merece proteção autônoma. Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, a busca da origem genética:

É a busca, por meio de ação judicial, para se saber a ascendência biológica. A identidade genética corresponde ao genoma de cada ser humano e as bases biológicas de sua identidade, ou seja, a identidade genética da pessoa humana é um bem jurídico tutelado, e é uma das manifestações essenciais da personalidade humana. Daí tratar-se de um direito da personalidade, direito fundamental, vertente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Pode diferenciar-se da ação de investigação de paternidade/maternidade, que busca o reconhecimento do estado de filiação e parentalidade e os seus respectivos efeitos. O estado de filiação e a parentalidade não supõem, necessariamente, vínculo biológico, podendo ser determinado com base em critérios socioafetivos.

Conhecer a origem genética é direito fundamental do sujeito e reveste-se de importância simbólica, histórica e também direito à saúde. (...) <sup>805</sup>.

<sup>801</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 166.

<sup>802</sup> SPARENBERGER, Raquel Fabiana Lopes; THIESEN, Adriane Berlesi. O direito de saber a nossa história: identidade genética e dignidade humana na concepção da bioconstituição. *Revista direitos fundamentais & democracia*. v. 7, n. 7, p. 33-65, Jan./Jun. 2010, p. 34.

<sup>803</sup> SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 171.

<sup>804</sup> *Ibid.*, 2011, p. 166.

<sup>805</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias**. 2 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 383.

É sob essa perspectiva que é possível correlacionar a identidade genética com a autodeterminação informativa e, conseqüentemente, com autodeterminação existencial.

Conforme a análise desenvolvida no subitem 4.1.2, a autodeterminação informativa é profundamente associada à privacidade e não equivale a uma liberdade de caráter negativo, já que demanda o reconhecimento de uma esfera de ação ética na esfera privada, bem como o controle da pessoa em relação a suas próprias informações. Trata-se de “um direito ativo de controle do fluxo de informações que afeta cada sujeito”<sup>806</sup>.

A partir desse raciocínio, é possível sustentar que o poder de controle a que diz respeito a autodeterminação informativa também alcança a possibilidade de conhecimento de dados associados à origem biológica, mesmo porque a identidade genética é arrolada entre os dados pessoais sensíveis pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais<sup>807</sup>. Assim, a autodeterminação informativa pode ser utilizada não apenas para defender a necessidade de proteção desses dados sensíveis em face do acesso e tratamento indevido por terceiros, no resguardo da privacidade, mas também no direito de o próprio titular desses dados ter acesso à informação genética que lhe diz respeito, no exercício de sua liberdade positiva.

Com base nesse enfoque, passa-se à análise da relação entre autodeterminação e a busca da origem genética, identificada em um dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal selecionados de acordo com os parâmetros terminológico e temático antes mencionados, qual seja, o Recurso Extraordinário 363.889<sup>808</sup>.

Nesse caso, foi reconhecida, com repercussão geral e por maioria de votos<sup>809</sup>, a possibilidade de nova propositura de ação de investigação de

---

<sup>806</sup> SYLVESTRE, Fábio Zech. O direito fundamental à privacidade em face da administração pública: uma análise à luz da teoria geral dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge. (Org.). **Direitos fundamentais: uma perspectiva de futuro**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 232.

<sup>807</sup> Nos termos do art. 5º, inciso II, da Lei nº 13.709/2018 (LGPD), dado pessoal sensível é o “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.

<sup>808</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RE nº 363889/PR**, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 02 jun. 2011.

<sup>809</sup> Os Ministros Marco Aurélio e Cezar Pelluso votaram pelo desprovimento do recurso, fazendo prevalecer a segurança jurídica e a coisa julgada.

paternidade, quando a primeira foi julgada improcedente por falta de provas, porque a parte interessada não dispunha de condições financeiras para realizar o exame de DNA. O voto do relator, Min. Dias Toffoli, pautou-se no direito fundamental à busca da identidade genética, “como emanção natural do estado de pessoa”<sup>810</sup> e como um direito da personalidade. De modo semelhante, o Min. Luiz Fux apontou que o conhecimento da origem biológica é “condição para o planejamento do destino individual”, uma “prerrogativa de índole existencial” vinculada ao livre desenvolvimento da personalidade, “núcleo essencial da dignidade da pessoa humana”<sup>811</sup>. A autodeterminação foi por ele citada de forma amplamente vinculada à identidade pessoal e à garantia de realização dos próprios projetos de vida:

Sob este prisma, no núcleo essencial da dignidade da pessoa humana há de ser tido como presente o direito fundamental à identidade pessoal do indivíduo, que se desdobra, dentre outros aspectos, na identidade genética. A inserção de cada pessoa no mundo, para que possa realizar todas as suas potencialidades, é feita em função de sua história, projetando a autoimagem e a identidade pessoal a partir de seus dados biológicos inseridos em sua formação, advindos de seus progenitores. É com o conhecimento do estado de filiação que se fincam as premissas da atribuição à pessoa humana de reconhecimento e de distinção no cenário social, permitindo sua autodeterminação no convívio com os iguais. O projeto de vida individual, o plano pessoal de felicidade que todo membro da coletividade tem o direito de formular e a prerrogativa de almejar realizar, portanto, torna-se dependente da investigação da origem de cada um: ser reconhecido filho de seus genitores e ter ciência da própria origem biológica são prerrogativas ínsitas à necessidade do ser humano de conhecer a si mesmo e de ser identificado na sociedade. É assim que o status de filho, mais do que fonte de direitos patrimoniais, ostenta um inquestionável viés existencial, como um substrato fundamental para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>812</sup>.

Os direitos à autodeterminação e à própria identidade foram também referenciados pelo Min. Gilmar Mendes e discutidos durante a votação, qualificando-se a identidade como um “modo de ser no mundo”<sup>813</sup>.

A partir da fundamentação desenvolvida nesse acórdão, nota-se que a autodeterminação, nesse âmbito existencial, não recebeu tratamento jurídico

---

<sup>810</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RE nº 363889/PR**, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 02 jun. 2011, p. 35.

<sup>811</sup> Ibid., p. 47.

<sup>812</sup> Ibid., p. 96-97.

<sup>813</sup> Ibid., p. 131 e 133.

equivalente à autonomia privada em sua acepção tradicional. Pelo contrário, ela pode ser identificada como o poder do indivíduo de definir os rumos da própria vida e de “gerir livremente a sua esfera de interesses”<sup>814</sup> no plano existencial, à semelhança do conceito de autodeterminação existencial desenvolvido no presente estudo.

Além disso, ela também se aproxima da liberdade positiva associada ao poder de controle sobre os próprios dados pessoais, no desdobramento mais específico da autodeterminação informativa. Como se afirmou, para Danilo Doneda, a autodeterminação informativa decorre do direito geral de personalidade e consiste em um poder de controle sobre dados pessoais<sup>815</sup>. Esse tratamento jurídico conferido à autodeterminação informativa permite reafirmar o direito de conhecimento da própria origem genética e, mais do que isso, o direito de “conhecer a si mesmo e de ser identificado na sociedade”<sup>816</sup>.

Essa compreensão é relevante para a análise conceitual e prospectiva da autodeterminação, pois pode ter importantes aplicações jurídicas na solução de demandas que já se apresentam no plano social e devem ser analisadas sob a normatividade da principiologia constitucional.

A título exemplificativo, Riva Sobrado de Freitas, ao mencionar a autonomia decisória de Jean L. Cohen – conceito vinculado à privacidade e que se aproxima da autodeterminação, conforme já se mencionou –, defende ser possível relativizar o sigilo sobre a identidade do doador do material genético, em caso de reprodução humana assistida heteróloga<sup>817</sup>. Segundo a autora, nos casos em que a descoberta do vínculo biológico seja relevante para a integridade física e psicológica do filho concebido em reprodução assistida, deve ser viabilizado o acesso à sua origem genética, a fim de que a sua dignidade e identidade possam ser resguardadas, ainda que sem atribuição de efeitos

---

<sup>814</sup> SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. **O problema do contrato**: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 21.

<sup>815</sup> DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; RODRIGUES JR., Octávio Luiz (Coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 28.

<sup>816</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RE nº 363889/PR**, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 02 jun. 2011, p. 27.

<sup>817</sup> Aquela que utiliza material genético de terceiros desconhecidos àquele(s) que recorre(m) ao procedimento.

patrimoniais e familiares decorrentes do vínculo biológico<sup>818</sup>. Para Freitas, a autonomia decisória está incluída “no princípio da liberdade e no poder de autodeterminação como um direito fundamental”, notadamente em razão da igualdade e da previsão, no Estatuto da Criança e do Adolescente, do reconhecimento do estado da filiação como direito personalíssimo<sup>819</sup>.

Solução semelhante e atenta às repercussões que o rompimento do sigilo da identificação pessoal teria sobre a própria doação de material genético é sugerida por Anderson Schreiber. Para o autor, o conflito entre a privacidade do doador de material genético e o direito de conhecimento da origem genética, quando essencial à saúde do filho gerado, pode ser resolvida por meio do “estabelecimento de um canal de comunicação entre o médico do filho e o laboratório responsável pela inseminação artificial, que permita fornecer, sempre em regime de confidencialidade, as informações clínicas relevantes”<sup>820</sup>.

A Resolução CFM nº 2.294/2021 adota solução semelhante àquela apresentada por Schreiber, ao dispor que, em “situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para os médicos, resguardando a identidade civil do(a) doador(a)”<sup>821</sup>.

As soluções apresentadas são interessantes e apontam para um potencial âmbito de aplicação futura da autodeterminação existencial relativamente à busca da origem genética, a partir de sua compreensão como liberdade positiva que envolve, por um lado, o poder de definição dos rumos da própria vida (que engloba a possibilidade de exercício da própria individualidade e o acesso aos dados genéticos pelo filho concebido por reprodução assistida heteróloga) e, por outro, a autodeterminação informativa e o poder de acesso e controle sobre os dados pessoais sensíveis (que também resguarda o anonimato do doador).

A interação entre o direito à identidade genética, a privacidade e a autodeterminação informativa também é relevante para se (re)pensar a tutela jurídica que deve ser atribuída à coleta, acesso e divulgação de dados genéticos

---

<sup>818</sup> FREITAS, Riva Sobrado de. Autonomia decisória e direito ao próprio corpo: os reflexos da nova concepção de autonomia privada em questões de gênero, identidade e eutanásia. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, jul./dez. 2018, p. 241-264.

<sup>819</sup> Ibid., p. 255-256.

<sup>820</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 171.

<sup>821</sup> Item IV, 4 da Resolução CFM nº 2.294/2021.

pelas autoridades públicas. Questões extremamente polêmicas a esse respeito foram amplamente divulgadas pela mídia em situações ocorridas há quase vinte anos, como aquela de Roberta Jamilly<sup>822</sup> e a da cantora Glória Trevi<sup>823</sup>, que tiveram seu material biológico coletado e utilizado para a realização de exame de DNA, sem o seu consentimento. Assim como o sigilo bancário e a própria liberdade, os dados pessoais genéticos não são acobertados por uma garantia absoluta de inviolabilidade, todavia, diante de seu enquadramento como dados sensíveis, a autodeterminação informativa deve ser resguardada tanto quanto possível, mesmo para fins de investigação criminal ou outras finalidades que envolvam o interesse público.

Nesse sentido, o desenvolvimento da autodeterminação informativa como um princípio autônomo, como vem sendo reconhecido pela prática jurídica, mostra-se relevante para novas discussões, reflexões e questionamentos sobre os limites e as possibilidades de coleta, acesso e divulgação dos dados pessoais, em especial aqueles que se caracterizam como dados sensíveis.

O objeto da presente subseção busca evidenciar que há importantes percursos a ser constituídos pela prática jurídica brasileira a respeito da interação entre a identidade genética e a autodeterminação existencial, em uma perspectiva prospectiva. Essas aplicações futuras possivelmente demandarão a releitura de diversas disposições legais relativas ao tratamento de dados genéticos, no intuito de adequá-las aos vetores hermenêuticos constitucionais, que envolvem a proteção da dignidade da pessoa humana e a promoção de sua liberdade, também no âmbito existencial.

---

<sup>822</sup> Como desdobramento das investigações do conhecido “Caso Pedrinho”, a irmã registral do adolescente sequestrado na maternidade, Roberta Jamilly, que se recusara a realizar o exame de DNA, teve seu material genético coletado de uma bituca de cigarro, sem autorização. Os dados foram utilizados em exame que confirmou a ausência de vínculo biológico com a mãe registral, Vilma Martins Costa. CHAVES, Adriana; MARQUES, Jairo. DNA revela que Roberta não é filha de Vilma. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, ano 13. fev. 2003.

<sup>823</sup> A cantora Glória Trevi foi presa e permaneceu sob a custódia da Polícia Federal durante a tramitação do processo de extradição instaurado a pedido de seu país (México). Durante a prisão e apesar da proibição de receber visitas íntimas, Glória engravidou e acusou os funcionários e policiais pela prática de estupro, o que gerou grande repercussão e constrangimento aos agentes públicos e autoridades. Essas circunstâncias levaram o Judiciário a determinar a coleta da placenta para exame de DNA, mesmo sem o seu consentimento. A questão chegou ao STF e foi analisada na Reclamação 2040, que autorizou o uso da placenta e a realização do exame de DNA, mantendo-se o sigilo em relação ao prontuário médico. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RCL nº 2040 QO/DF**, Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, DF, 27 jun. 2003.

Ao longo do presente capítulo, a análise da autodeterminação existencial recaiu sobre a aplicação prática do conceito e se orientou pelo uso da expressão autodeterminação, pelo Supremo Tribunal Federal, com especial atenção ao tratamento jurídico por este conferido à liberdade existencial, em temas relevantes para o Direito Civil.

De modo geral, buscou-se demonstrar que a autodeterminação existencial é merecedora de um tratamento jurídico adequado a suas especificidades, o que também perpassa pela organização adequada das categorias jurídicas. Nesse sentido, é preciso reiterar que a sistematização crítica que se apresenta não se limita ao âmbito terminológico, mas pretende evidenciar que a liberdade existencial se submete a distintos tratamentos jurídicos, os quais não se exaurem nos parâmetros negociais vinculados à autonomia privada.

Ao longo da análise dos casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, não obstante a percepção de indistinções terminológicas e da constatação de pontos problemáticos, foi possível identificar que a autodeterminação existencial pode ser apreendida, em uma mesma situação, sob distintos aspectos, que se aproximam ora da autonomia privada existencial, ora da “liberdade positiva vivida”<sup>824</sup>. Há interconexões que resultam da própria intersecção entre a autodeterminação existencial e a autonomia privada, o que não afasta a necessidade de se compreender cada uma dessas expressões da liberdade existencial sob uma ótica própria e sob parâmetros específicos.

Sob uma perspectiva ou outra, é importante reafirmar que nenhuma dessas expressões da liberdade é analisada segundo os parâmetros clássicos da autonomia privada. Isso significa dizer que até mesmo a autonomia privada existencial – identificada como a manifestação de uma escolha pontual de vontade que projeta efeitos futuros – sofre importantes influxos da liberdade existencial apreendida em um plano mais amplo, como autodeterminação existencial. No entanto, é especialmente quando estão em discussão

---

<sup>824</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 345.

expressões da autodeterminação existencial como “liberdade positiva vivida”<sup>825</sup> que se torna bastante clara a insuficiência do substrato negocial clássico, diante de sua manifesta incompatibilidade para apreender as liberdades que se manifestam pelo agir, ou seja, por meio de vivências, convicções pessoais, modos de viver e expressões da própria subjetividade.

O instrumental metodológico que se tem por referência preconiza uma constante atenção do intérprete à situação jurídica concreta, de modo a ajustar os institutos jurídicos às demandas do presente e às finalidades da prática jurídica como um todo<sup>826</sup>. Essas finalidades, no contexto da autodeterminação existencial, correspondem ao fortalecimento e promoção das liberdades e à proteção da dignidade da pessoa humana, o que envolve o respeito ao pluralismo, à não discriminação e à democracia substancial. O substrato negocial da autonomia privada não atende a essas finalidades, porque não proporciona a tutela jurídica adequada às expressões de liberdade que não se ajustam ao substrato negocial. Não por outra razão, as fundamentações das decisões que versaram sobre os diferentes corolários da autodeterminação (informativa, religiosa, reprodutiva e sexual) não se orientam substancialmente pelas noções de capacidade jurídica, sujeito de direito, manifestação da vontade.

Assim, em sentido amplo, a análise da aplicação prática do conceito, em seus distintos desdobramentos, revela a importância de se pensar a liberdade existencial para além da autonomia privada e, inclusive, da autonomia privada existencial.

---

<sup>825</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 345.

<sup>826</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 9.



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de autodeterminação tem sido utilizado com crescente frequência nos planos teórico e jurisdicional, para designar o exercício da liberdade em relação a aspectos existenciais personalíssimos, bem como para fundamentar posições contramajoritárias em relação a estes aspectos. Especificamente no campo do Direito Civil, a expressão ganha destaque em questões relacionadas ao direito de família e aos direitos de personalidade, como reflexo da valorização da esfera extrapatrimonial pelos influxos da dignidade da pessoa humana consagrada pela Constituição de 1988.

Todavia, a autodeterminação carece de uma delimitação conceitual mais precisa e, não raro, o conceito de autonomia privada também é empregado de forma mais ampla do que sua acepção tradicional, para designar a liberdade que é intrínseca ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante desse cenário e da percepção de que o uso indistinto desses dois conceitos poderia ser resultado de uma dificuldade de apreensão jurídica de diferentes expressões da liberdade, a presente dissertação buscou delimitar o conteúdo semântico da autodeterminação existencial e diferenciá-lo da autonomia privada, por meio de uma sistematização teórico-crítica e da análise de sua aplicação prática, em decisões do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, recorreu-se a um instrumental metodológico orientado pela perspectiva Civil-Constitucional, com a conjugação entre a atitude interpretativa *dworkiniana* e a constitucionalização de Luiz Edson Fachin. Esse instrumental se mostrou imprescindível à análise, diante da compreensão do Brasil como um Estado Constitucional e da necessidade de se apreender o ordenamento jurídico como um todo unitário e coerente, que demanda a observância aos princípios constitucionais, às necessidades do contexto histórico-social em que a interpretação do Direito é realizada, e aos desenvolvimentos e transformações advindos da prática jurídica, nos planos teórico e jurisdicional.

A partir do exame teórico, apontou-se a importância da apreensão do princípio constitucional da liberdade em suas múltiplas dimensões e em sua pluralidade semântica, com base na tese de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk. A análise recaiu, principalmente, sobre a dimensão positiva da liberdade, consistente na normatividade (ou poder) que emana de seu exercício. Em uma

perspectiva crítica sobre as teorias estudadas, foi possível sustentar que a liberdade positiva não está necessariamente atrelada a uma perspectiva racionalista da ação humana, nos moldes da Modernidade, e pode ser utilizada para alcançar liberdades existenciais que se expressam por meio de preferências, emoções, sentimentos e vivências. Além disso, a análise teórica também permitiu defender que a liberdade positiva não se vincula à moral universal ou a um valor comunitário heterônomo e pode ser apreendida sob uma perspectiva pluralista, que admite a multiplicidade de concepções de bem. A valorização das dimensões positiva e substancial da liberdade exsurge da compreensão de que os modos de vida não hegemônicos são merecedores de igual consideração e respeito e, portanto, de um reconhecimento jurídico que vai muito além de mera tolerância ou ausência de coerção pelo Estado ou por terceiros, pois demanda a implementação de recursos e políticas públicas voltados a minimizar desigualdades, sobretudo aquelas de caráter interseccional e estrutural.

A autodeterminação e a autonomia privada se apresentam como expressões jurídicas da liberdade positiva, que diferem por sua abrangência, mas possuem áreas de intersecção.

A autonomia privada é um instituto jurídico historicamente marcado pelo pensamento racionalista moderno e pelas categorias abstratas do negócio jurídico. Sua compreensão perpassa pela exigência formal de um sujeito de direito, dotado de plena capacidade jurídica, que formula uma declaração de vontade para a produção de efeitos jurídicos futuros. A liberdade positiva embutida nesse conceito corresponde à perspectiva tradicional de autorregulamentação dos próprios interesses privados, por meio do negócio jurídico, notadamente por meio de uma manifestação de vontade.

Contemporaneamente, há um movimento de permanente releitura das categorias abstratas do Direito Civil para ajustá-las aos preceitos constitucionais e garantir efetividade aos direitos da pessoa concreta, o que exige repensar e reestruturar os direitos da personalidade, o regime de incapacidades e o direito de família, de modo a funcionalizá-los à finalidade de promoção da liberdade e da dignidade da pessoa humana. A autonomia privada existencial é um dos conceitos que resultou desse movimento de transformação e, de modo geral, designa a autorregulamentação de interesses e situações jurídicas privadas de

caráter existencial, por meio do negócio jurídico, inclusive com a relativização de algumas exigências formais e a inserção de princípios diferenciados para a sua disciplina.

Entretanto, por se embasar na compreensão de ação humana como uma escolha que projeta efeitos para o futuro, esse conceito não é maleável o suficiente para designar expressões da liberdade positiva que não se fundamentam no substrato do negócio jurídico. Ele não abrange importantes expressões da subjetividade e vivências correlatas aos direitos da personalidade e aos direitos fundamentais, a exemplo da identidade de gênero e da orientação sexual, que não correspondem a meras escolhas, não se enquadram nas exigências formais do negócio jurídico e não se submetem à mesma lógica de imputabilidade jurídica e de responsabilidade. Diante dessa limitação conceitual, afirmou-se que o instituto da autonomia privada não é o mais adequado para designar essas manifestações da liberdade existencial e são precisamente elas que mais demandam especial proteção e reconhecimento jurídicos frente a visões e modos de viver hegemônicos.

A partir da identificação dessas dificuldades, com base em referenciais teóricos que apontam para a necessidade de reconhecimento de outras manifestações da liberdade que são relevantes para o Direito Civil, passou-se à análise crítica das perspectivas de autores que se propuseram a analisar a autodeterminação propriamente dita, como Joaquim de Sousa Ribeiro, Octávio Luiz Rodrigues Jr. e Stefano Rodotà. Por meio dessas leituras, foi possível constatar que a autodeterminação pode ser compreendida como um conceito mais abrangente e capaz de alcançar a liberdade positiva em relação à dimensão ética da vida privada, dentre escolhas, itinerários e planos de vida, modos de vida, vivências e manifestações de subjetividade. Defendeu-se que a autodeterminação não necessariamente está vinculada a perspectivas racionalistas ou a escolhas e deve ser resguardada da imposição heterônoma de concepções majoritárias de bem de caráter estritamente moral, pois isso viola os princípios da liberdade e da igualdade substancial e da democracia em seu sentido substancial e pluralista.

A partir desses recortes, foi possível delimitar o conteúdo da autodeterminação, apreendida em seu sentido amplo, como a expressão por excelência da liberdade positiva. Ela pode ser definida como um conceito jurídico

que designa o poder individual de ação, de definição dos rumos da própria vida e de regulação dos próprios interesses, sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais e pode ou não ser manifestada pela via do negócio jurídico. Há, assim, uma importante área de intersecção com o conceito de autonomia privada, que abrange a dimensão positiva e negocial da liberdade nesta presente.

A autodeterminação existencial, cuja delimitação semântica consiste no principal objetivo da dissertação, é uma expressão mais específica que designa a liberdade positiva relativa a interesses existenciais, manifestados ou não pela via do negócio jurídico. A autodeterminação existencial pode se manifestar por meio da autonomia privada existencial, mas pode se desdobrar em um conceito ainda mais específico e elementar, que compreende a normatividade que emana de manifestações da liberdade que não decorrem de uma declaração de vontade, mas se expressam por meio de vivências, modos de vida e expressões da subjetividade. Esse conceito mais específico de autodeterminação existencial se mostra mais permeável à abrangência de aspectos corpóreos, preferências, gostos e outros aspectos que, muitas vezes, não podem ser associados a uma ação racional e consciente ou a uma escolha. Trata-se do que Pianovski Ruzyk denomina “liberdade positiva vivida” ou “vivência de liberdade”, a qual consiste especificamente no reconhecimento da normatividade da liberdade vivenciada pela pessoa em sua (co)existência.

Essa delimitação conceitual elencada na sistematização teórico-crítica pôde ser confirmada pela prática jurisdicional, a partir da análise de diferentes acórdãos do Supremo Tribunal Federal que versaram a respeito de questões existenciais relevantes para o Direito Civil, notadamente questões afetas aos direitos da personalidade e ao Direito de Família. Essa análise foi conduzida pelo uso da expressão autodeterminação, mas privilegiou os contextos dessa utilização e, sobretudo, o tratamento jurídico atribuído pela Suprema Corte à liberdade existencial. Ao longo do estudo de casos, foram identificados alguns desdobramentos da autodeterminação existencial que se qualificam como direitos fundamentais ou princípios específicos, quais sejam, autodeterminação religiosa, autodeterminação informativa, autodeterminação sexual e autodeterminação reprodutiva. Também foram encontradas algumas projeções

da autodeterminação existencial no tratamento jurídico de questões como a multiparentalidade e o direito de busca à origem genética.

De modo geral, identificou-se, nas decisões do STF, uma forte vinculação entre a autodeterminação existencial com os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da privacidade, da igualdade substancial, da não-discriminação, do pluralismo, da democracia. Também se observou correlação com os direitos fundamentais à busca da felicidade e ao livre desenvolvimento da personalidade e a necessidade de se resguardar à pessoa a definição dos rumos da própria vida e uma esfera de privacidade. Em suma, pode-se afirmar que os acórdãos, independentemente da terminologia utilizada, fizeram referência à autodeterminação existencial no sentido delineado no presente estudo, ou seja, para designar um espaço de eticidade que se deve assegurar ao indivíduo, o qual envolve o poder de definir os rumos da própria vida, de vivenciar a própria subjetividade, sem imposição heterônoma de valores e padrões hegemônicos, bem como o poder de controlar as próprias informações e dados pessoais.

O estudo dessas decisões confirmou a existência de intersecções entre a autodeterminação existencial com a autonomia privada, bem como a necessidade de flexibilização dos elementos que compõem o substrato negocial clássico quando essa autonomia diz respeito a um ato de natureza existencial.

Mais do que isso, essas decisões evidenciaram a importância de se apreender juridicamente cada uma dessas expressões da liberdade de maneira distinta, notadamente porque há aspectos da vida humana que não se enquadram como escolhas, mas são merecedores de reconhecimento jurídico e especial tutela. Sobretudo na tomada de decisões contramajoritárias direcionadas à proteção de direitos e à garantia de igualdade substancial às minorias políticas, é necessário pensar além da autonomia privada, pois, muitas vezes, o que se pretende é o reconhecimento jurídico de diferentes vivências e não simples escolhas. Nesse ponto, há uma importante interconexão entre a autodeterminação existencial com a laicidade e a privacidade, o que reforça a necessidade de se atribuir à pessoa concreta o poder de decidir os rumos da própria vida e de vivenciar a própria subjetividade, sem intervenções que se fundamentam em padrões morais hegemônicos.

Como se buscou enfatizar, a liberdade não se limita à não coerção e a privacidade não se restringe ao *right to be let alone*. A efetividade da privacidade e da liberdade dependem do reconhecimento e da atribuição à pessoa de um poder de controle e de definição dos rumos da própria vida (e de vivenciar a própria subjetividade) que apenas pode ser garantido por meio da viabilização de condições materiais para o seu exercício o que exige uma atuação positiva do Estado na formulação de políticas públicas direcionadas a resguardar a igualdade substancial.

O estudo desenvolvido também trouxe importantes inquietações sobre as categorias históricas que estruturam o Direito Civil, as quais demandariam um grande aprofundamento e pesquisa própria. Nesse aspecto, é possível problematizar que as categorias da personalidade jurídica e de sujeito de direito, em razão de sua construção histórica, dificultam a proteção da pessoa concreta em sua complexidade e, sobretudo, em sua corporalidade. O racionalismo moderno resulta em importantes dificuldades na compreensão da relação entre a pessoa e seu próprio corpo, assim como gera dificuldades na compreensão da subjetividade como algo que resulta do contexto histórico e social. Mais do que isso, dificulta a compreensão de que a subjetividade e identidade humanas estão em constante transformação e (re)construção e sofrem interferências do contexto sociocultural. As reflexões apresentadas em torno da autodeterminação resvalaram em pontos problemáticos em relação à apreensão jurídica do corpo (que não pode ser pensado como algo que é de propriedade do indivíduo, mas integra a sua própria subjetividade), na disciplina jurídica dos direitos da personalidade (que exigem maleabilidade em sua apreensão jurídica) e na própria compreensão da identidade humana que não pode ser apreendida de modo essencialista. Todas essas questões seriam merecedoras de pesquisa individualizada, mas escapam ao escopo do estudo desenvolvido.

Em conformidade com a delimitação do tema e o objetivo proposto, a sistematização crítica e o estudo desenvolvido a respeito da autodeterminação reafirmam a necessidade de se pensar a(s) liberdade(s) para além da autonomia privada, especialmente em relação à esfera existencial humana. Nesse aspecto, a autodeterminação e, mais especificamente, a autodeterminação existencial são conceitos já desenvolvidos pela prática jurídica e que se mostram relevantes para se refletir sobre a necessidade de se reconhecer diferentes modos de vida,

vivências e expressões da subjetividade como expressões de liberdade(s) que devem ser protegidas e tuteladas juridicamente. A relevância da autodeterminação existencial reside sobretudo em seu conteúdo e em sua abrangência, já que possibilita o reconhecimento da normatividade que emana das vivências de liberdade. Não se trata, portanto, de uma questão meramente terminológica, mas de uma tentativa de fazer do Direito um instrumento transformador de realidades e promotor de pluralidades, por meio da desarticulação de compreensões e categorias que, consciente ou inconscientemente, podem contribuir para a reiteração de perspectivas hegemônicas e excludentes.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vitor. O direito ao planejamento familiar e as novas formas de parentalidade na legalidade constitucional. In: HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Direito civil: estudos - coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCivil**. São Paulo: Blucher, 2018, p. 419-447.

ALMEIDA, Vitor. Autonomia da pessoa com deficiência e tomada de decisão apoiada: alcance, efeitos e fins. In.: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 435-448.

ALVARENGA, Luísa Baran de Mello. A legitimidade das modificações corporais extremas no ordenamento jurídico brasileiro. In.: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (Coord). **Direitos da personalidade: A contribuição de Silmara J. Chinellato**. Barueri: Manole, 2019.

AKOTIRENE, Carla. **O que é a Interseccionalidade?** Belo Horizonte: Letramento; Justificando, 2018.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A terminalidade da vida. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **O direito e o tempo: Embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 155-178.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O direito como integridade e os precedentes judiciais. In: OMMATI, José Emílio Madauar. **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016, p. 201-236.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Common Law and Civil Law: Convergences beyond a Written Constitution. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, n. 40, p. 39-73, enero-junio, 2019. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.40.13227>>. Acesso em: 23 jan. 2020.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **O direito e o tempo: Embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 407-423.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. (Des)igualdade de gênero: a mulher como sujeito de direito. In: TEPEDINO, TEIXEIRA, ALMEIDA. In: ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: 2016, p. 163-189.



BARBOZA, Heloísa Helena Gomes. **Procedimentos para redesignação sexual: um processo bioeticamente inadequado**. 174 f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense: 2019.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 2012. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: BERLIN, Isaiah. **Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 166-217.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Trad. de Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992: Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 nov. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009: Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001 de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 out. 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 186 de 9 de julho de 2008: Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jul. 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/congresso/dlg/dlg-186-2008.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/congresso/dlg/dlg-186-2008.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Lei Complementar nº 105 de 10 de janeiro de 2001: Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm)>. Acesso em: 27. jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 jan. 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 27. mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 03 set. 1962. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm)>. Acesso em: 20. abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 20. abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996: Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 jan. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm)>. Acesso em: 20 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 20. mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 27 jan. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm)>. Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 out. 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. Medida Provisória nº 954 de 17 de abril de 2020. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e Serviço Móvel Pessoal com a Fundação

Instituto Brasileiro de Geografia e estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979/2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 abr. 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm)>. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 2.561, de 23 de setembro de 2020. Dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 set. 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.561-de-23-de-setembro-de-2020-279185796>>. Acesso em: 26 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2859/DF**, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 24 fev. 2016. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur358417/false>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275/DF**, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 01 mar. 2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur399205/false>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF**, Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 mai. 2011. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200017/false>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4874/DF**, Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 01 fev. 2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397310/false>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF**, Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 11 mai. 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429684/false>>. Acesso em: 18 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF**, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 13 jun. 2019. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false>>. Acesso em: 18 jan. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 62684/PR**, Relator: Min. Aliomar Baleeiro. Brasília, DF, 18 mar. 1975. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur83863/false>>. Acesso em: 12 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477554**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 16 ago. 2011. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur197163/false>>. Acesso em: 23 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/RJ**, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 abr. 2012. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229171/false>>. Acesso em: 19 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ**, Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 mai. 2011. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200015/false>>. Acesso em: 29 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 291/RJ**, Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 28 out. 2015. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur347881/false>>. Acesso em: 29 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 68131/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 18 set. 1990. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur152849/false>>. Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 71334/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 25 out. 1994. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur151817/false>>. Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 74142/MG**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 dez. 1996. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur111327/false>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84025/RJ**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 04 mar. 2010. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97348/false>>. Acesso em: 07 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 96939/MS**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 nov. 2004. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur185894/false>>. Acesso em: 02 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 98266/RS**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 fev. 2010. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur174721/false>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 101515/GO**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 03 ago. 2010. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur181341/false>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 149897/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 31 ago. 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432253/false>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 2245/MG**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 28 ago. 2007. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur4632/false>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 3932/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 21 jun. 2016. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur355917/false>>. Acesso em: 28 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 20882/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 23 jun. 1994. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur152105/false>>. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 21029/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 15 jun. 1994. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87812/false>>. Acesso em: 27 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 21729/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Min Néri da Silveira. Brasília, DF, 05 out. 1995. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur101299/false>>. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 22801/DF**. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília, DF, 17 dez. 2007. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur90390/false>>. Acesso em: 04 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24729/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 mai. 2004. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur12714/false>>. Acesso em: 21 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Cautelar nº AC 33 MC/PR**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 24 nov. 2010. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur12714/false>>. Acesso em: 21 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Reclamação nº 2040/DF**, Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, DF, 27 jun. 2003. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur99366/false>>. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso em Habeas Corpus nº 124084/RS**, Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 jun. 2006. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur187388/false>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso em Habeas Corpus nº 146303/RJ**, Relator: Min. Edson Fachin. Redator do acórdão: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 06 mar. 2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur388361/false>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 210029/RS**, Relator: Min. Carlos Velloso. Redator do acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 12 jun. 2006. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur5604/false>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 363889/PR**, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 02 jun. 2011. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur202975/false>>. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 418376/MS**, Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 09 fev. 2006. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92574/false>>. Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 496718/RS**, Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Menezes Direito. Brasília, DF, 12 out. 2008. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87029/false>>. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 601314/SP**, Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 24 fev. 2016. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur356216/false>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 670422/RS**, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur420306/false>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 673707/MG**, Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 17 jun. 2015. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur322444/false>>. Acesso em: 13 jan. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 723651/PR**, Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 04 fev. 2006. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur353430/false>>. Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 898060/SC**, Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 21 set. 2016. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral9183/false>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 979742/AM**, Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 26 jul. 2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371896/false>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 1123068/DF**, Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 23 ago. 2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral10242/false>>. Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 1212272/AL**, Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 24 out. 2019. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral11062/false>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6387/DF**, Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 07 mai. 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436273/false>>. Acesso em: 16 fev. 2021.

BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia e Solidariedade In: ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: 2016, p. 97-112.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Trad. de Renato Aguiar. 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

CALDERÓN. Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 212-226.

CALDERÓN. Ricardo Lucas. Multiparentalidade: a socioafetividade nos laços de filiação. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, ano 3, n. 2, 35 f. ago./2018. Disponível em: <[http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/09/revista\\_esa\\_06.pdf](http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/09/revista_esa_06.pdf)>. Acesso em: 01 mar. 2021.

CHAVES, Adriana; MARQUES, Jairo. DNA revela que Roberta não é filha de Vilma. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, ano 13. fev. 2003. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1302200310.htm>>. Acesso em: 26 jul. 2021.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 32.1, p. 177-197, jan./jul., 2012.

COHEN, Jean-Louis. **Regulating Intimacy: A new legal paradigm**. Princeton: Princeton University Press, 2004. E-book Kindle.

COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. **Princípios de Yogyakarta**: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Trad. Jones de Freitas. Março, 2007. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf)>. Acesso em: 01 nov. 2020.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil**: enunciados aprovados de ns. 138 a 271. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **VI Jornada de Direito Civil**: enunciados aprovados de ns. 530 a 575. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.955/2010: Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/2010. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 set. 2010. Disponível em: <<https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/3resolucaoCFM1955.pdf>>. Acesso em 20 jun. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.265/2019: Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 jun. 2021. Disponível em:



<<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2265>>.  
Acesso em: 02 fev. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.294/2021: Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 jun. 2021. Disponível em: <[https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294\\_2021.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf)>. Acesso em: 02 fev. 2021.

CONSELHO NACIONAL DA EDUCAÇÃO. Resolução CNE/CP nº 1/2018. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 de janeiro de 2018. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=81001-rcp001-18-pdf&category\\_slug=janeiro-2018-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=81001-rcp001-18-pdf&category_slug=janeiro-2018-pdf&Itemid=30192)>. Acesso em: 19 ago. 2021.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Coleção clássicos do direito, v. 3. Organização, estudo introdutório e trad. de Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015.

CORBIN, Alain. Gritos e Cochichos. In: PERROT, Michelle (Org.). **História da vida privada 4: Da Revolução Francesa à Primeira Guerra Mundial**. Trad. de Bernardo Joffily São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 563-611.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC – 24/17 de 24 de noviembre de 2017**. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf)>. Acesso em: 30 abr.2020.

CORRÊA, Adriana Espíndola; GEDIEL, José Antônio Peres. Crítica ao iluminismo em Foucault e a captura da autonomia pela biopolítica. In: CHARUR, Alan Ibn; RAMIRO, Caio Henrique Lopes. (Org.). **Labirinto da filosofia no direito: ensaios em homenagem a Oswaldo Giacoia Junior**. 1ed. São Paulo: LiberArs, 2018, p. 157-166.

CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun; FIGUEIREDO, Anna Ascensão de. Dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade: uma visão crítica. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (Coord). **Direitos da personalidade: A contribuição de Silmara J. Chinellato**. Barueri: Manole, 2019, p. 20-40.

CORTÉS, Isabel Fanlo. Derechos reproductivos y libertad de las mujeres. Observaciones sobre el debate feminista. **Revista de Derecho Privado**, n. 32, p. 29-52, enero-junio 2017.

DIAS, Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti; LIMA, Renata Oliveira. A esterilização feminina: aspectos constitucionais, legais e bioéticos. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**. Goiânia, v. 5, n. 1, p. 103-122, Jan./Jun. 2019.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 1. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil**, v. 3. Salvador: Juspodivm, 2016.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; RODRIGUES JR., Octávio Luiz (Coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 22-39.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Is there truth in Interpretation?** Law, Literature and History. In: BIENNIAL LECTURE ON JURISPRUDENCE, 2009. Washington D.C.: Law Library of Congress, 2009. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=742JyiqLhuk>>. Acesso em: 30. ago.2020

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho**: justiça e valor. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. 2. ed. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

ESPOSITO, Roberto. **Dois**: A máquina da teologia política e o lugar do pensamento. Trad. de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: Elementos críticos à luz do Novo Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade: Anotações para uma leitura crítica, construtiva, de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro. **Revista da EMERJ**, nº 31, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. Ouriços e raposas no direito brasileiro. **Gazeta do povo**, Curitiba, 12 set. 2013. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/artigos/ouricos-e-raposas-no-direito-brasileiro-bss1wmpdxyd8n1wc9zrzs6amm/>>. Acesso em: 15 mai. 2021.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. **Revista Ibérica do Direito**, Porto, v. 1, n. 1, p. 53-68, Jan/Jun 2020. Disponível em: <  
<https://revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/26/28>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

FERRI, Luigi. Nozione giuridica di autonomia privata. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, Giufrè, Anno XI, p. 129-200, 1957.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: De la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Ed. Trotta, 2001.

FRANCO, Karina Barbosa; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva e multiparentalidade: comentários ao Provimento nº 63, de 14.11.17, do CNJ. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 17, p. 223-237, jul./set. 2018.

FREITAS, Riva Sobrado de. Autonomia decisória e direito ao próprio corpo: os reflexos da nova concepção de autonomia privada em questões de gênero, identidade e eutanásia. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 241-264, jul./dez. 2018.

FREITAS, Vladimir Passos de; COLOMBO, Silvana Raquel Brendler. A dimensão interpretativa do direito como integridade a partir de Ronald Dworkin. **Revista Direito e Liberdade – RDL – Esmarn** – v. 19. n.1, p. 321-349, jan./abr., 2017.

FOUCAULT. Michel. **História da sexualidade 1: A vontade de saber**. Trad. de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guillon Albuquerque. 9. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2019.

FOUCAULT. Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Mello Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2005.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Ed. rev., atual. e aum., de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRABER, Mark A. **A new introduction to american constitutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

HALL, Stuart. Introducción: ¿Quien necessita <<identidad>>? In: HALL, Stuart; GAY, Paul du (comp.). **Cuestiones de identidad cultural**. Buenos Aires: Amorrortu, 2003.

HANDLIN, Oscar; HANDLIN, Mary. **The dimensions of liberty**. Cambridge: Harvard University Press, 1961.

HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha *et. al.* O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme. **O cuidado como valor jurídico**. (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 123-140.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Trad. de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Estupro no Brasil**: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar), n. 11, mar./2014. Brasília: IPEA, 2014. Disponível em: <[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/140327\\_notatecniciadiest11.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecniciadiest11.pdf)>. Acesso em: 24 ago. 2021.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: “O que é o iluminismo?”. In: \_\_\_\_\_. KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Trad de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Situações jurídicas dúplices: Controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). **Diálogos sobre direito civil – v. 3**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 3-23.

KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

LANZ, Leticia. **O Corpo da roupa**: a pessoa transgênera entre a transgressão e a coformidade com as normas de gênero. 2014. 342f Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Defesa: Curitiba, 10/06/2014, p. 71. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/36800>. Acesso em: 1 mar. 2021.

LIBERDADE. In: **Michaelis, Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2020. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=liberdade>>. Acesso em 11 nov. 2020.

LIMA, Jairo Néia; PEGORER, Mayara Alice Souza. Autonomia das Mulheres em Tempos de Zica Vírus: Uma perspectiva sobre o aborto a partir dos direitos sexuais e reprodutivos. In: LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. **Normas constitucionais não escritas: Costumes e convenções da constituição**. São Paulo: Almedina, 2014.

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. **Normas constitucionais não escritas: Costumes e convenções da constituição**. São Paulo: Almedina, 2014.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**, v. 5. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOCKE, John. **Second treatise of government**. Indianapolis and Cambridge: C.B. McPherson Hackett Publishing Company, 1980. E-book Kindle.

LOPES, Ana Beatriz Lima Pimentel; SOUSA, Raphaella Prado Aragão de. A utilização dos precedentes judiciais como instrumento da metodologia do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 207-225.

MACEDO JR. Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Humberto. Liberdade religiosa e estado democrático de direito. In: SORIANO, Aldir; MAZZUOLI, Valério (Org.). **Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 97-112.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Sigilo bancário, direito de autodeterminação e princípio da proporcionalidade. **Repertório IOB de Jurisprudência**. n. 24/92, p. 435-438. dez./1992. Disponível em: <<http://www.gilmarmendes.com.br/wp-content/uploads/2018/09/SIGILO-BANC%C3%81RIO-DIREITO-DE-AUTODETERMINA%C3%87%C3%83O-SOBRE-INFORMA%C3%87%C3%95ES-E-PRINC%C3%8DPIO-DA-PROPORCIONALIDADE.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Iguais, mas diferentes: efeitos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo**. 199 f. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2003.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; SANTOS, Andressa Regina Bissoloti. O direito à existência civil de pessoas intersexuais: um questionamento do estatuto jurídico do gênero. In.: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 117-135.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; HAPNER, Paula Aranha. Multiparentalidade: uma abordagem a partir das decisões nacionais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 1-21, 13 jul. 2016. Disponível em: <<https://civilistica.com/multiparentalidade-uma-abordagem-a-partir-das-decisoes-nacionais/>>. Acesso em: 23.jun.2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Negócios Biojurídicos. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS Priscila Machado Martins (Coord.). **Negócio Jurídico e Liberdades Individuais: Autonomia privada e situações jurídicas existenciais**. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: Linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências de materialização. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; RODRIGUES JR., Octávio Luiz (Coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 90-112.

MENEZES CORDEIRO, Antonio. **Introdução à Edição Portuguesa de Claus-Wilhelm Canaris, Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

MENEZES CORDEIRO, Antonio. **Tratado de direito civil**. 4. ed. v. 2. Coimbra: Almedina, 2018.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. O direito à orientação sexual como decorrência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 14, n. 2, p. 105-125, 2º quad./2009.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO, Renata. A autonomia existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. In: ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: 2016, p. 305-331.

MENINA TRANSGÊNERO LUTA POR DIREITO DE PARTICIPAR EM COMPETIÇÕES DE PATINAÇÃO FEMININAS. Fantástico. Rio de Janeiro: Rede Globo, 28 de abril, 2019. 8 min. Programa televisivo. Disponível em: < <https://globoplay.globo.com/v/7575074/>>. Acesso em: 23 jul. 2021.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 2019.

MIRAGEM, Bruno. Direito à diferença e autonomia: proteção da diversidade no direito privado em relação ao exercício individual das liberdades sexual e religiosa. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 61-89.

MISSÉ, Miquel. El impacto de la patologización em la construcción de la subjetividade de las personas trans. In: **Transexualidades: otras miradas posibles**. Barcelona: Editorial Egales, 2013.

MORAES. Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional do dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MORAES. Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: MORAES. Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos em direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES. Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. **Pensar**, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set./dez. 2014, p. 802.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família: Limites para a intervenção do estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

NEVARES, Ana Luíza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil, In: **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: 2016, p. 39-56.

NICOLAU, Camila Christiane Rocha. O direito à integridade física na cirurgia de transgenitalização. In: PANCOTTI, Heloísa Helena Silva. (Org.). **Os direitos da população LGBTI+: legalidade, luta e resistência**. São Paulo: Todas as Musas, 2019, p. 203-222.

NIY, Denise Yoshie [et. al.]. Violência obstétrica nos estudos brasileiros sobre assistência ao parto: definições em construção. In: CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de (Coord.). **Violência obstétrica em debate: diálogos interdisciplinares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 91-126.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. In: HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Direito civil: estudos - coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCivil**. São Paulo: Blucher, 2018, p. 393-418.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Disponível em: [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf). Acesso em: 23 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Informe del Comité Jurídico Interamericano: Privacidad y protección de datos personales**. CJI/doc. 474/15 rev. Rio de Janeiro, 26 mar. 2015. Disponível em: [http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc\\_474-15\\_rev2.pdf](http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc_474-15_rev2.pdf). Acesso em: 20.mar. 2021.

PANCOTTI, Heloísa Helena Silva. Desafios à proteção da liberdade de se autodeterminar: a necessária retomada da cultura das similitudes. In: PANCOTTI, Heloísa Helena Silva. (Org.). **Os direitos da população LGBTI+: legalidade, luta e resistência**. São Paulo: Todas as Musas, 2019, p. 7-32.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias**. 2 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2021.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERROT, Michelle. Funções da família. In: PERROT, Michelle. (Org.). **História da vida privada 4: Da Revolução Francesa à Primeira Guerra Mundial**. Trad. de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 105-119.

PERROT, Michelle. Dramas e conflitos familiares. In: PERROT, Michelle (Org.). **História da vida privada 4: Da Revolução Francesa à Primeira Guerra Mundial**. Trad. de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 267-285.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Dignidade da pessoa humana. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.) **Direito Constitucional Brasileiro**, v. I. Teoria da Constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 171-188.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos: prefácio de Fábio Konder Comparato**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.



PIRES, Thula; STANCHI, Malu. Racismo institucional e violência obstétrica: dispositivo sistêmico de genocídio da população negra. In: CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de (Coord.). **Violência obstétrica em debate**: diálogos interdisciplinares. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 209-232.

PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS Priscila Machado Martins (coord.). **Negócio Jurídico e Liberdades Individuais**: Autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada**: fundamentos das diretivas antecipadas da vontade. Curitiba: Juruá, 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral. Tomo III. 2 Ed. Campinas: Bookseller, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das obrigações**: negócios jurídicos unilaterais, títulos ao portador. Atualização de Alcides Tomasetti Jr. e Rafael Domingos Faiardo Vanzella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. Atualização de Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. 2017. Reimpressão. Lisboa: Livraria Almedina, 1982.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; PONCE, Paula Pedigoni. Tercio Sampaio Ferraz Júnior e Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado: o que permanece e o que deve ser reconsiderado. **Internet & Sociedade**, São Paulo, n. 1, v. 1, 2020, p. 64-90.

RAMOS, André Luiz Arnt. **Segurança jurídica e enunciados normativos deliberadamente indeterminados**: o caso da função social do contrato. 224 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2019. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/65931/R%20-%20T%20-%20ANDRE%20LUIZ%20ARNT%20RAMOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

REIS, Luciana Silva. Interpretando Dworkin: sobre o caráter político da teoria (e da prática) jurídica. In: MACEDO JR. Ronaldo Porto (Org.). **Teoria do direito contemporâneo**: autores e temas. Curitiba, Juruá, 2017, p. 40-87.

RODOTÀ, Stefano. **Dal soggetto alla persona**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

RODOTÀ, Stefano. **Politici, liberatici dalla vostra coscienza**. Disponível em: <<https://daleggere.wordpress.com/2008/01/13/stefano-rodota-%C2%ABpolitici-liberateci-dalla-vostra-coscienza%C2%BB/>>. Acesso em: 29.03.2020.

RODOTÀ, Stefano. Autodeterminação e laicidade. Trad. de Carlos Nelson de Paula Konder. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 17, p. 139-152, jul./set. 2018.

RODRIGUES JR. Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004.

SABA, Roberto. **Mas allá de la igualdad formal ante la ley**. Que les debe el Estado a los grupos desaventajados? Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016.

SANTOS, Andressa Regina Bissoloti dos. Desdobramentos do pós-maio de 2011: reflexões sobre os requisitos da união estável a partir do cotidiano de casais do mesmo gênero. **civilistica.com**, v. 9, n. 1, p. 1-22, 9 maio 2020. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/512/386>>. Acesso em: 27 jul. 2021.

SANTOS, Andressa Regina Bissoloti dos. **Movimento LGBT e direito: identidades e discursos em (des)construção**. 2017. 234f Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 30/03/2017. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/47444/R%20-%20D%20-%20ANDRESSA%20REGINA%20BISSOLOTI%20DOS%20SANTOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

SARLET. Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: O direito fundamental à proteção de dados. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; RODRIGUES JR., Octávio Luiz (Coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 40-78.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 31-68.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHULMAN, Gabriel. Esterilização forçada, incapacidade civil e o caso Janaína: “não é segurando nas asas que se ajuda um pássaro a voar”. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Canoas, v. 6, n. 2, p. 107-123, 2018. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18316/redes.v6i2.4952>>. Acesso em 26.05.2021.

SCHULMAN, Gabriel. **Internação forçada, saúde mental e drogas: é possível internar contra a vontade?** Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Trad. de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** Trad. de Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SERAU JR, Marco Aurélio; ARNAUT, Danilo. Benefícios previdenciários para pessoas transgêneras. In: PANCOTTI, Heloísa Helena Silva. (Org.). **Os direitos da população LGBTI+:** legalidade, luta e resistência. São Paulo: Todas as Musas, 2019, pp. 71-96.

SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Júlia Alexim Nunes da. Conceito de liberdade artística na Constituição Portuguesa de 1976. In: MIRANDA, Jorge. (Org.). **Direitos fundamentais:** uma perspectiva de futuro. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 120-213.

SILVA, Marcos Alves da. A questão da homofobia: Fundamentalismo religioso e intolerância no Estado Democrático de Direito. In: ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **O direito civil entre o sujeito e a pessoa:** estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: 2016, p. 147-160.

SILVA, Tomaz Tadeu. A produção social da identidade e da diferença. SILVA, Tomaz Tadeu. (Org.) **Identidade e diferença:** A perspectiva dos Estudos Culturais. 15. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 73-102.

SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. **O problema do contrato:** As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999.

SPARENBERGER, Raquel Fabiana Lopes; THIESEN, Adriane Berlesi. O direito de saber a nossa história: identidade genética e dignidade humana na concepção da bioconstituição. **Revista direitos fundamentais & democracia.** v. 7, n. 7, p. 33-65, Jan./Jun. 2010.

SYLVESTRE, Fábio Zech. O direito fundamental à privacidade em face da administração pública: uma análise à luz da teoria geral dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge. (Org.). **Direitos fundamentais:** uma perspectiva de futuro. São Paulo: Atlas, 2013, p. 214-249.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado *et al.* O cuidado com o menor de idade na observância da sua vontade. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 335-356.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun., 2018. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/232/214>>. Acesso em: 24 set. 2020.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado.; MORAES, Maria Celina Bodin de. Contratos no ambiente familiar. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **Contratos, família e sucessões**: diálogos interdisciplinares. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 1-18.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Coord.). **Contratos, família e sucessões**: Diálogos Interdisciplinares. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. O dever de informação na relação médico-gestante como forma de garantia da autonomia existencial no parto. In: CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de (Coord.). **Violência obstétrica em debate**: diálogos interdisciplinares. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 127-150.

TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: 2016, p. 17-35.

TEPEDINO, Gustavo. Teoria da Interpretação e relações privadas: a razoabilidade e o papel do juiz na promoção dos valores constitucionais. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 285-297.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 74.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Violência obstétrica contra a gestante com deficiência. In: CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de (Coord.). **Violência obstétrica em debate**: diálogos interdisciplinares. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 185-207.

VAZ, Livia Maria Santana e Sant'Anna. A igualdade racial no âmbito das relações jurídico-privadas: não discriminação e obrigação de contratar. In: MIRANDA, Jorge. (Org.). **Direitos fundamentais**: uma perspectiva de futuro. São Paulo: Atlas, 2013, p. 255-395.

VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. São Paulo: Câmara Brasileira do Livro, 2004. Disponível em: <[http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos\\_reprodutivos.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos_reprodutivos.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2021.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes: A mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VINCENT, Gérard. O corpo e o enigma sexual. In: PROST, Antoine; VINCENT, Gérard. **História da vida privada 5: da Primeira Guerra a nossos dias**. 2. ed. Trad. Denise Bottman. 2010. Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 309-389.

VIVIEIROS DE CASTRO, Thamís Dalsenter. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 14, p. 99-125, out./dez. 2017.

WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (org.). **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. 15. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 7-72.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Sexual Health, Human Rights and Law**, 2015. Disponível em: <[https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/175556/9789241564984\\_eng.pdf;jsessionid=2DAC6B3EA766D20.15CCCD22876873077?sequence=1](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/175556/9789241564984_eng.pdf;jsessionid=2DAC6B3EA766D20.15CCCD22876873077?sequence=1)>. Acesso em: 07 fev. 2021.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008.